Law Reform Commission of Canada

Commission de réforme du droit du Canada

immunity from execution

ADMINISTRATIVE LAW SERIES

STUDY PAPER

Canada

87-04049/

IMMUNITY FROM EXECUTION

Administrative Law Series

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1987
Catalogue No. J32-3/38
ISBN 0-662-54292-4

IMMUNITY FROM EXECUTION

Administrative Law Series

A Study Paper prepared for the

Law Reform Commission of Canada

by

Daniel Mockle, LL.B., D.E.A., LL.D.
(Member, Québec Bar)

Table of Contents

INTRODUCTION 1

CHAPTER ONE: Existence of This Extraordinary Privilege 5

Section I: Express Recognition of Immunity from Execution 5

I. The Dual Source of Immunity from Execution 5
A. Legislative Codification 6
B. Recognition of the State's Special Pre-eminence 8
1. Monopoly of Constraint 9
2. The Budgetary Authorization Rule 11
3. The Idea of Special Pre-eminence 12
(a) Paramountcy of the Executive 12
(b) Primacy of the General Interest 13

II. Favourable Judicial Interpretations of Immunity from Execution 14

Section II: Absence of Legal Safeguards relating to the Execution of Judgments 18

I. The Phenomenon of Non-Compliance with Judgments 19
A. Limits of the Existing Legal Regime 19
B. Types of Administrative Response 21
1. Overt Resistance 21
2. Passive Resistance 22
(a) Delay 22
(b) Incomplete Execution 23
3. Administrative Alternatives to Non-Compliance 24
(a) The Practice of Ratification 24
(b) Reconfirmation of a Vacated Decision 26
(c) Unilateral Changes to the Circumstances in Dispute 28

II. The Ineffectiveness of Alternatives to Compulsory Execution 30
A. Passive or Non-Executory Remedies 30
1. *Res Judicata* 30
2. Declaratory Judgment 32
B. Active or Executory Remedies 34
1. Mandatory Remedies 34
(a) Problems with the Injunction 35
(i) Parties Defendant 35
(ii) Criteria of Availability 37
(b) The Limits of Mandamus 38

2. Punitive Remedies 39
(a) Contempt of Court 39
(b) Damages 42
Conclusion to Chapter One 44

CHAPTER TWO: Reappraising Immunity from Execution 45
Section I: Existence of a Reform Movement 45
I. Developments in Other Countries 46
A. The Situation in the United States 46
1. Survival of Sovereign Immunity 46
2. The California Reform 49
B. The French Reform of 1980 51
1. *Astreinte* in Administrative Law 52
(a) The Unorthodox Character of *Astreinte* 52
(b) Conditions of Application 53
2. Evaluation of *Astreinte* in the Reform of Canadian Law 55
(a) Absence of a Principle of *Astreinte* in Canadian Law 55
(b) Comparison with Contempt of Court Proceedings 56
II. Academic Commentary 57
Section II: The Reality of Modern Administration 59
I. The Problem Defined 59
A. Pitfalls of the Egalitarian Approach 60
B. Characterizing Administrative Action 63
1. A Purposive Distinction 63
2. Criteria for Distinguishing the Public from the Commercial 66
II. Recognizing a Right to Execution 67
A. Potential Solutions 68
1. Indirect Means 68
2. Direct Means 70
(a) Legitimacy of Compulsion 70
(b) Penal or Civil Sanction? 71
B. Strategies for Reform 72
1. The Search for Effective Execution Remedies 72
2. The Special Case of Compensation (Set-Offs) 76
Conclusion to Chapter Two 79

GENERAL CONCLUSION AND RECOMMENDATIONS 81

BIBLIOGRAPHY 91

TABLE OF CASES 99

TABLE OF STATUTES 103

Introduction

Working Paper 40 was published by the Law Reform Commission of Canada in July 1985 to initiate a thoroughgoing reappraisal of the legal status of the federal Administration (Canada, LRCC, 1985) The purpose of Working Paper 40 was to set out the general principles on which several monographs would be based. This Paper on Immunity from Execution is the first such detailed study. Within the framework of Working Paper 40, the Commission had no qualms about pointing to liability in tort and execution of judgments as problem areas. It stressed that its conclusions were merely speculative, aimed only at identifying problems and indicating possible policy options. This study goes beyond the speculative, and attempts to examine in detail various problems relating to immunity from execution.

The choice of this subject may seem surprising, considering that other privileges currently enjoyed by the federal Administration would seem to pose more urgent practical problems. Empirical data suggests that, in fact, immunity from execution is not a source of significant difficulty. In general, the federal Administration complies with court decisions. Hence, the rationale for this study must be found elsewhere.

This study is only part of an extensive research programme. In undertaking a critical reappraisal of the legal status of the federal Administration, the Law Reform Commission of Canada intends to make an exhaustive study in this area. This study is an indispensable component of the attempt to modernize and actualize this area of the law. Only the fact that it constitutes the first of the monographs may raise questions.

Basically, the choice of this topic stems from the very nature of the immunity which is in question, as well as the impact that amending it may have on any reappraisal of other governmental privileges. To the law reformer, immunity from execution is one of the most formidable privileges. Its apparent invulnerability constitutes a major challenge. Moreover, it underlies the general belief that Government entities are subject to a distinct body of law, from which the principles and concepts of ordinary law are automatically excluded. Federal and provincial authorities may claim complete immunity from all manner of execution process. This theoretically exempts them from forfeiture, destruction and dismantlement, eviction, retention, sequestration, affixing of seals, seizure before and after judgment, search and seizure, taking of inventory, forced sale, legal assignment, seizure by garnishment, examination after judgment, accounting, ejectment, distraint, provisional execution, possessory action, appointment of curators, giving of security, seizure in execution, and finally, injunctive relief.*

* This list represents the correct English civil law terms. Catalogues and comparisons for all immunities in the many Canadian jurisdictions are clearly beyond the scope of this document. Evolution has taken place within the particular circumstances of each Canadian jurisdiction. However, it may be said that, in general, there are several examples of execution process which are not available for debts owing by the Crown; among these are attachment of debts, appointment of a sequestrator and appointment of a receiver. In England *fieri facias*, sequestration, writs of delivery and examination of the judgment debtor are excluded from applying in respect of orders against the Crown. This is true for judgments, decrees, rules, awards or declarations in that country — TR.

Because the federal Administration typically accedes to the special prerogatives of the Crown, its immunity seems both total and invariable. It is exempt from official coercion in the execution of judgments against it, whether pretrial, interlocutory or final. Even the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act* does not fundamentally alter this immunity, because this liberalizing statute is actually directed against Government employees and agents, not against the Crown itself. What is more, the Act gives only limited recognition to the garnishment principle; section 18 of the Act states that "[n]o execution shall issue on a judgment given against Her Majesty in garnishment proceedings permitted by this Part." In other words, Her Majesty has a duty to pay the salary of one of her employees to a creditor, but can in no way be compelled to do so. It is indeed a strange statute which, while permitting a degree of compulsory execution, ultimately ends up by ruling it out.

Immunity from execution is part of the hard core of Government privilege, to which any change seems out of the question from the start. In an attempt to shed new light on this apparently invulnerable privilege, this study is intended to be innovative. Its main aim is to rationalize an area of the law which all too often only reflects vested interests. Any effort to modernize the Administration's legal status must, therefore, escape these inherited obstacles, and explore the broadest possible range of options.

These obstacles are significant. Underneath the legal rhetoric, immunity from execution reflects a distinct conception of the State and the Administration. Not only does the Government enjoy a monopoly of constraint and organized force, its special pre-eminence is also reinforced by an exemption from such constraint. The rationale lies in a *reductio ad absurdum*: the Administration cannot turn its exclusive power on itself. The Administration is the police, whether in judicial or administrative enforcement proceedings. In this light, the purely legal concept that judicial decisions are to settle disputes finally and must be complied with as rendered (*res judicata*), is essentially theoretical. According to the Rule of Law, the Administration must comply with orders of the legislative and judicial authorities. Does this safeguard make reform unnecessary? If the Administration, willingly or unwillingly, complies with judicial decisions, is not the extraordinary nature of the existing immunity only of minor importance?

Immunity from execution is a matter of ongoing concern in several Western countries: studies reveal that in France and the United Kingdom the Administration, by various means, has frequently refused to comply with the substance of a decision. Whether the absence of similar studies in Canada should be taken as evidence that the federal Administration complies with court orders in all respects is not all that crucial to determine as a factual matter. What really matters is whether immunity from execution is a notion which should be even relevant today. Because much administrative action has an undeniably industrial or commercial aspect, a general principle of immunity seems excessive. In modernizing the law, should one not be concerned to reflect the true nature of administrative action? Furthermore, under exceptional circumstances the Administration may cite Government privilege or reasons of public policy as reasons for declining to comply with a court decision. Theoretically, it can do so by invoking the special prerogatives of the Crown. Is not the continued existence of Crown immunity justification enough for endowing the individual with tangible safeguards? It is not assumed here that the Administration's future conduct will be either good or bad. Rather, the extraordinary nature of existing immunity is simply ripe for reappraisal according to new standards.

There are several possible avenues of reform. Between the extremes of wholesale application of ordinary law and preservation of the existing immunity, a compromise solution may be found in the notion of a special legal regime applicable to the federal Administration. How can the need for effective administration be reconciled with demands for justice from those who have paid dearly for judicial recognition of their rights? Do the concepts of democratic administration and the submission of the Administration to law necessarily imply a legal position identical to that of the individual? Or should the Administration be beyond compulsion of any kind, in the interests of fulfilling public policy objectives? These complex questions admit of no simple or categorical answers.

Working Paper 40 proposed some general principles to guide resolution of these types of questions (Canada, LRCC, 1985). First, traditional Crown privileges and immunities were shown primarily to benefit the Government and the Administration. Our analysis, therefore, is focussed on the Administration itself, and not on the supralegal entity called the Crown. This approach facilitates concrete discussion of the operations of the modern Administration, and permits a proper balance, better in tune with social and economic reality, to be struck between the competing interests of the individual and the Administration.

The nature of the analysis which follows is thus quite clear. It seeks to develop safeguards which are responsive to the actual practices of the Administration. Initially however, the main problems inherent in the present system must be identified. Chapter One is therefore devoted to a discussion of current law (Chapter One: *Existence of This Extraordinary Privilege*). Chapter Two focusses on specific reform proposals in light of the experience of different foreign countries (Chapter Two: *Reappraising Immunity from Execution*). This initial research is all the more important because there has apparently been no in-depth study of this subject in Canada.

CHAPTER ONE
Existence of This Extraordinary Privilege

Only that part of the federal Administration that benefits from the legal status of the Crown can claim full immunity from forced or compulsory execution. That part which "is not the Crown" may be exposed to execution process in the same way as any individual. It has, therefore, been necessary to clarify the nature of the Crown's special legal regime. This has occurred in two ways. First, both Parliament and the courts have spelled out the foundation of this regime (Section I: *Express Recognition of Immunity from Execution*). This consists of a formal prohibition upon recourse to execution process. Second, on a more concrete and pragmatic level, the principle of immunity puts in doubt the availability of the declaratory judgment or the usefulness of pleading *res judicata*, to compel the Crown's compliance with a judgment. What is more, the Administration is often able to create a new situation, either in fact or in law, which would make the very idea of execution meaningless (Section II: *Absence of Legal Safeguards relating to the Execution of Judgments*). Taken as a whole, therefore, it is difficult to gain an exact sense of the nature and extent of official non-compliance.

Section I: Express Recognition of Immunity from Execution

There is no doubt about the existence of immunity from execution. The fact that it is declared expressly makes any direct challenge difficult, and explains why the courts as a general rule have construed it in a manner favourable to the interests of the Administration. Yet any analysis limited only to a list of relevant enactments and precedents would give an inadequate picture of what is in reality a founding principle. Behind formal appearances are deep-rooted assumptions linked to a well-defined conception of the Administration and the Government. Reflected more or less articulately in the concept of the Crown, these assumptions make it possible to justify a view of the Government as being above ordinary law.

I. *The Dual Source of Immunity from Execution*

Legislative enactments which are considered to codify customary law are the primary source of immunity from execution. But custom remains of great significance, because it helps explain a rationale for immunity which may not be evident from a simple reading of these statutes. The common law in this case shows that purely legal arguments are linked with more contingent factors. In conferring special privileges on

the Royal Administration, English common law was in fact recognizing the special pre-eminence of an important part of the administrative function. Consequently, practical reality explains much of the origin of this special Crown privilege.

A. Legislative Codification

Although immunity from prosecution has now been codified, its full significance can only be understood by an examination of its medieval origins. When the person of the Monarch and the State were one and the same, he as an individual owned all "public" property.[1] His personal domain, and specifically everything within his *dominium*, was exempt from the ordinary law of compulsory execution. Originally, "His Majesty's Service" was not to be disrupted in any way, nor was he to be disturbed in the enjoyment of his property. In a legal system which has never recognized the existence of either the State or the Administration, this immunity simply continued to be associated with the Crown. Distinctions drawn in other systems between public and private domains, natural and artificial persons, Head of State and Crown, are simply inapplicable. The fact that most State property still belongs to the Crown, without distinction as to its purpose or function, explains the general and absolute nature of immunity from execution. It is precisely because the concept of the Crown continues to embody the State in all its various manifestations, that any change seems unthinkable.[2] In his classic work, Chitty describes this strange situation through direct reference to the person of the King: "Even if a subject succeed in a petition against the King, His Majesty's goods are not liable to be taken in execution" (1820: 376).

Time has clearly worked against this reference, however, because in the early nineteenth century it was unlikely, to say the least, for distinctions to be made between State and Crown. Strictly speaking, Chitty's definition is too narrow. His statement of the common law rule is limited to cases of seizure of property, whereas in actual fact the immunity enjoyed by the Crown is much broader. The English codification of 1947 approximates the present state of the common law. It provides that a court may not order any seizure, garnishment or other similar measure to obtain payment from the Crown of a sum of money (*Crown Proceedings Act, 1947*, s. 25). Yet even here, the description of Crown immunity is incomplete because it is limited to orders to pay money. Actually, the Crown cannot be compelled in any way, either to undertake a given act, or to refrain from acting. The concepts of "specific performance" and "mandatory injunction" cover situations where a court might order that a particular act be carried out. But the very idea of unilateral force and constraint in a judgment is incompatible with Crown immunity. The 1953 Canadian codification better expresses the real nature of Crown immunity: "No execution shall issue on a judgment against the Crown given under this Act" (*Crown Liability Act*, s. 17(1)). This provision is complemented by section 6, which states:

> Nothing in this Act authorizes proceedings *in rem* in respect of any claim against the Crown, *or the arrest, detention or sale of any Crown ship or aircraft, or of any cargo or*

1. "Perhaps the most important influence of these feudal ideas may be found in the confusion between proprietary rights and governmental rights which was fostered by them .... No distinction is drawn between the King's private property and the property which he holds in the right of his crown" (Holdsworth, 1966: 462).

2. On the survival of the unitary principle, see Canada, LRCC, 1985: 6.

other property belonging to the Crown, or gives to any person any lien on any such ship, aircraft, cargo, or other property.[3] [Emphasis added]

But the defect of these provisions is that they contemplate only Crown liability in tort. It is thus no surprise that in 1970 Parliament went still further, providing in subsection 56(5) of the *Federal Court Act* that "[n]o execution shall issue on a judgment given by the Court against the Crown." This privilege may therefore be invoked in the Federal Court regardless of the type of litigation. The net result of these enactments is that, federally, all aspects of the traditional Crown immunity from enforcement proceedings are now codified.

In addition to these basic federal statutes, there is a uniform body of analogous provincial enactments. In Québec, section 94.9 of the *Code of Civil Procedure* favours the Crown by prohibiting post-judgment examination, provisional execution, seizure, compulsory execution, judicial sale, auction and adjudication. All procedural rules and recourses that ordinarily apply as between individuals are of no avail in the execution of a judgment against the Crown.

The same is true of common law provinces. All enactments dealing with the Crown have a stock provision directly ruling out any form of compulsory execution. For example, section 25 of the Ontario Act (*Proceedings Against the Crown Act*) provides that "[n]o execution or attachment or process in the nature thereof shall be issued out of any court against the Crown." Statutes of other provinces include a section which seemingly limits the exclusion of compulsory execution to orders to pay money ("... shall be issued out of any court for enforcing payment by the Crown of money or costs").[4] But, because they invariably contain another provision stating that "... the court shall not, as against the Crown, grant an injunction or make an order for specific performance, but may, in lieu thereof, make an order declaratory of the rights of the parties,"[5] the general immunity is preserved. Under these provisions, a judgment against the Crown can only be declaratory and can confer no right, a feature which still further extends the scope of immunity from execution. Indeed, it is not only coercion which is rejected, but the entire concept of an executory judgment. A judgment against the Crown is no more than an act of recognition; the court simply acknowledges the existence and the extent of an obligation; its decision ultimately lacks the executory effect which is thought, in classical analysis, to define the concept of a judicial judgment. On the provincial level, the already special position of the Crown is singularly enhanced. Does it follow that federal authorities cannot claim that judgments are only declaratory?

---

3. Generally, this formulation excludes *in rem* proceedings against the Crown. In the common law tradition, *in rem* proceedings apply to property of any kind. As compulsory execution against the Crown is excluded, it is fair to deduce that no action may be aimed at forced restitution or dismantlement of a public work belonging to Her Majesty. Immunity from execution goes beyond the mere impossibility of resorting to traditional means of compulsory execution, but also covers the use of public force. For public buildings, there is therefore an analogy with the French rule by which [TRANSLATION] "a badly located public work cannot be destroyed." See Di Qual, 1964, and Blaevoet, 1965.

4. See for example Alberta: *Proceedings Against the Crown Act*, s. 25; Manitoba: *The Proceedings Against the Crown Act*, s. 19(6); New Brunswick: *Proceedings Against the Crown Act*, s. 17(6).

5. See to this effect Nova Scotia: *Proceedings Against the Crown Act*, s. 15(2); Prince Edward Island: *Crown Proceedings Act*, s. 15(4); Saskatchewan: *The Proceedings Against the Crown Act*, s. 17(2).

In the absence of an analogous express federal enactment this might well appear to be the case. Although subsection 56(5) of the *Federal Court Act* states that "[n]o execution shall issue on a judgment given by the Court against the Crown," and hence it may be deduced, *a contrario*, that such a judgment may only be declaratory, such a deduction is not particularly persuasive. Section 44 of the Act also states that the Court "may grant ... a *mandamus*, injunction or order for specific performance ... or a receiver appointed by the Court in all cases in which it appears to the Court to be just or convenient to do so, ..." without expressly excluding the Crown. But since subsection 44 is contradicted by subsection 56(5), which deals specifically with execution, it is quite likely that the former provision as a whole does not apply to the Crown. Such a conclusion is supported by Rule 605 of the *Federal Court General Rules*, which states that a judgment against the Crown shall be a declaration that the private individual is entitled to relief. Therefore, on both the provincial and federal levels, it would seem that only judgments with declaratory effects may be set up against the Crown. As concerns its exposure to compulsory execution, the Crown in right of Canada enjoys the same immunities before all Canadian courts.

Besides these basic provisions, there exist, at the federal level, several complementary statutory rules. For example, section 18 of the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act* provides that "[n]o execution shall issue on a judgment given against Her Majesty in garnishment proceedings permitted by this Part." Mention should also be made of subsection 40(1) of the *National Harbours Board Act* which states that "[n]o execution shall issue on a judgment against the Board for the payment of money." These examples could easily be multiplied, especially as concerns the exemption of pensions or benefits from attachment.[6] Similarly, under section 17 of the *Visiting Forces Act*, foreign military personnel enjoy complete immunity from enforcement of a judgment. Basically the same is true for Canadian Forces personnel under section 225 of the *National Defence Act*. Finally, under sections 10 and 11 of the *State Immunity Act*, foreign States enjoy an immunity from attachment and compulsory execution in Canada, except — and this is an important proviso — in respect of their commercial activities.[7]

B. Recognition of the State's Special Pre-eminence

Despite the clarity of their terms, these various statutory provisions do not by themselves constitute the true basis for the Crown's immunity from execution. Rather,

---

6. See: *War Service Grants Act*, s. 30(1); *Veterans Allowance Act*, s. 17; *Department of Transport Act*, s. 18(1); *Western Grain Stabilization Act*, s. 25; *Prairie Farm Assistance Act*, s. 8; *Public Service Superannuation Act*, s. 9 (amended expressly by s. 39 of the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act*); *Armed Forces Superannuation Act*, s. 8(6) (amended expressly by s. 41 of the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act*); *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Pension Act*, s. 8(6) (amended expressly by s. 43 of the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act*); *Merchant Seamen Pension Act*, s. 9; *Pension Act*, s. 23(4).

7. On this statute, see specifically Turp, 1982-83. This article provides interesting references to the practical and theoretical problems relating to State immunity under national systems. See to this effect Sucharitkul, 1976; Vincke, 1969; Dresler, 1978.

this basis must be found in the underlying principles which define and legitimize specific legal rules. Custom may undoubtedly provide some justification, but there again the simple weight of history and institutions does not provide a satisfactory explanation. Customary rules only persist because they are based on certain subjective perceptions which are somewhat confusedly related to reality. Practical realities contribute to the formation of a customary rule, and as long as a rule is believed to be valid, nothing will challenge its existence. Apart from the simple passage of time, a customary rule evolves from an original situation which requires a distinct rule. In the case of immunity from execution, then, we must examine the facts and reasons which account for the recognition of this allegedly exceptional situation. Here the arguments in favour of immunity are no more than peremptory.

1. Monopoly of Constraint

Quite apart from the theory of the special pre-eminence of the State, immunity from execution can be justified by arguments which seem to preclude debate. Recourse to a *reductio ad absurdum* is the most important of these. It would be a complete absurdity to make the State, which is the supreme public authority, subject to its own power of constraint. As Robertson observed earlier this century, "The King by his writ cannot command himself" (1908: 2). Even today, many commentators are bemused at the thought of the State using its own police forces to compel itself to perform or abstain from some act. This rationale should not be lightly dismissed, because the State alone possesses the means of organized constraint, in the form of the army and the police forces.[8]

The State's monopoly is in no way affected by the presence of private security services. These only exist by virtue of State authorization, and their operations are subject to Government approval. In modern legal theory, the very idea of institutional constraint or organized force is held to derive essentially from the State.[9] The principle that no one may take justice into his own hands implicitly supports this view. The State alone has the power to coerce, a power that jurists such as Dicey see vested theoretically in Parliament and the judiciary. But by its very nature, this coercive function is principally the province of the Executive and the Administration. They alone have the physical means to carry it out. Enforcement implies discretion and adaptation to specific circumstances, tasks that only the Executive is well suited to perform. This discretionary element helps explain why the courts, despite their authority to adjudicate, have never been permitted to compel individuals directly. They may order that compulsion be deployed, but must rely on intermediaries to effect it.

---

8. In a statement that remains valid for most contemporary States, Vedel and Delvolvé point out that:

   [TRANSLATION]
   Neither the courts nor the individual may use armed force. In principle, the executive branch must assist in the execution of judgments and similar acts, something which takes place under its responsibility and direct authority. Therefore the role of organized constraint within the State belongs to the executive branch. It is not alone with a duty to enforce the law, but it is alone in being able to use force to ensure compliance (1982: 57).

9. [TRANSLATION] "The law of public power ... encompasses an idea of power and strength that is identified with the very concept of the State" (Hirt, 1954: 968).

To the extent that many jurists consider the Crown to comprehend the State and the Executive,[10] it is this institution which is the ultimate source of the coercive power. The assimilation of the State to the Crown is no accident, since in the past all public power (*imperium*) was exercised by the Sovereign personally. Some of this *imperium* still exists, by virtue of the royal prerogative, in the Crown's exclusive power to command the armed forces. The modern Crown, however, is a legal fiction from which the coercive power of the Administration is derived. French administrative law has a similar notion, with its concept of *puissance publique*; so too German administrative law, with its concept of *Eingriffsverwaltung*.

A like observation may be made about judicial power, because historically the courts were principally the King's courts. Far from being opposed to the courts' powers, the King's power of coercion is the tangible underpinning of judicial authority. The Crown assures the independence and authority of the judiciary. History suggests why the dependence relationship cannot easily be reversed to permit courts to dictate Crown conduct. Even if the history of English law shows the powers of Parliament and the courts to have been gradually taken from the Crown, the latter still possesses a special pre-eminence.

The Crown may have lost the core of its curial and "legislative" powers (royal ordonnances), but its ultimate authority still remains and all components of the State apparatus are derived from it. The invention of the concept of the State during the Middle Ages provided the rationale for the Sovereign progressively to take over all powers (legislation, justice, police, allegiance) that previously had been dispersed throughout the feudal system. But this does not mean that today the Crown alone, in the person of the Monarch, possesses an unlimited power, which pre-empts and dominates all State functions. State power is legally limited by the Rule of Law (Preamble of the *Constitution Act, 1982*). Consequently, there is more than mere self-limitation on the power of the State: [TRANSLATION] "The State does not limit itself; it is born limited."[11] Only during periods of crisis or emergency do these limits give way to a legally limited exercise of State power. Such events permit a return to the very origins of the power via the Administration and the Government. Even if the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* must be respected in the ordinary exercise of governmental coercive power, the power itself remains an autonomous reality somewhat confusedly identified with the concept of the Crown. Through its link to the Crown, an important part of the federal Administration avoids, at least theoretically, any form of legal constraint on its power. Yet this is paradoxical, since principles such as the Rule of Law and separation of powers require that the Administration be subject to judicial review.

In addition to these customary and historical justifications for immunity from execution, neo-positivist conceptions of the State provide another rationale. Like the premises of a syllogism, this rationale may be stated as follows:

1. There can be no recourse to public force against the State (major premise).
2. But the Crown symbolizes the State, and ultimately, it wields the State's power of constraint (minor premise).

---

10. Hogg, 1977: 164; Griffith and Street, 1973: 246; Mr. Justice Beetz in *The Attorney General of the Province of Quebec* v. *Labrecque* 1082; Laskin, 1969: 117-9.

11. [TRANSLATION] "The State is limited by law because its very own power is conditioned by the idea of law which legitimizes it" (Burdeau, 1949: 286).

3. Therefore, the Crown cannot be compelled in any way (conclusion).

Of those considered, this kind of rationale is the most convincing. Any attempt to modify the principle of immunity from execution sooner or later confronts the superior and absolute rationality upon which it seems to rest: it would be absurd for the Crown to be compelled by its own power to perform or abstain from some act.

2. The Budgetary Authorization Rule

The budgetary authorization rule is certainly no basis for immunity from execution, but it is directly derived from the same basis, being a consequence of the Rule of Law and separation of powers principles. In theory, the Administration cannot act without Parliamentary authorization. Hence, were it to comply with a judgment without Parliamentary authorization, it would be acting illegally.

The budgetary authorization rule requires that all expenditures by the Administration be previously authorized by Parliament (Garant, 1985: 373). Historically, this rule was expressly directed to the Crown (Campbell, 1969: 138; Street, 1949). But today, even though the *Financial Administration Act* alludes several times to Her Majesty's spending power (sections 25, 33 and 36), it also states that the budgetary authorization rule applies to the entire Administration, even those parts which are not Crown agents (section 19).

To resist execution of a judgment, the Administration shields itself with this requirement, refusing to make a payment which has not previously been authorized. Respecting the principle of authority of *res judicata* would compel it to act illegally (Le Brun and Déom, 1983: 268). This potential loophole exists not just for simple money judgments. All the Administration's activities are constrained financially. If the courts order it to perform some act, the Administration might claim that such performance goes beyond its normal activities, and entails additional costs and expenses. Here also, the budgetary authorization rule could be just as crippling.

Is the budgetary authorization rule as much of a constraint as has been suggested? "It is the general practice throughout the Commonwealth, in statutes authorizing suits against the crown, to provide that judgments against the crown are to be satisfied only by grants made by Parliament for that purpose" (Street, 1949: 40; see also Stewart, 1979: 818). To standardize and simplify the process of payment of judgments, Crown proceedings statutes generally specify that the Minister of Finance may or shall pay sums awarded by a court from public funds. But do such declarations amount to Parliamentary authorization for unanticipated expenses? The drafting of some enactments may provide guidelines. For example, subsection 57(3) of the *Federal Court Act* provides that "[t]here shall be paid out of the Consolidated Revenue Fund any money or costs awarded to any person against the Crown in any proceedings in the Court." The Administration may accordingly comply with a money judgment without any specific authorization, since the enactment is only a direction as to how funds are to be drawn. But as subsection 17(2) of the *Crown Liability Act* illustrates, it is still necessary that the Administration be required to pay. Subsection 17(2) states that "[u]pon receipt of a certificate of judgment against the Crown ... the Minister of Finance may authorize the payment out of the Consolidated Revenue Fund of any money awarded by the judgment to any person against the Crown under this Act." This subsection is not clear about whether there is an actual obligation to make payment.

Could the Minister invoke accounting requirements to postpone payment to another fiscal year? Could he make a series of installment payments so as not to exceed the limits of various budgets? Whatever the situation where the Crown is debtor of a money judgment, the budgetary authorization rule can become a real obstacle when the Administration is ordered to perform a specific act. Supplementary work or repairs may well involve expenditures that exceed budgetary resources for a given financial year.

The scope of the budgetary authorization rule is not nearly as clear as would be hoped. However, since in some cases it might eventually be involved as a legal justification for refusing to comply with a judgment, it must be taken into account in this analysis.

3. The Idea of Special Pre-eminence

Such themes as monopoly of constraint and budgetary authorization suggest a rationality to the immunity from execution principle. Other equally powerful arguments are founded on a particular conception of the State. Immunity from execution may be viewed as one of the attributes of sovereignty. Here we are not concerned with sovereignty in its external or inter-State dimension, but rather with how it is distributed within a State. With respect to the balance of power between institutions, its import may vary considerably, and given the absence of a general theory of the State, certain of its aspects remain obscure. Nevertheless the Executive and the courts do not enjoy equal sovereignty.

(a) *Paramountcy of the Executive*

Once again, the uniqueness of English institutions is of crucial importance here, with history revealing that the judiciary has not really been understood as vested with a part of State sovereignty. Originally, sovereignty was located solely in the Monarch himself. In the Middle Ages, canon law jurists began to apply the political conceptions of the late Roman Empire (*dominium* and *imperium*) to develop a theory, according to which State and sovereignty inevitably coincide in the physical person of the King. Thereafter, the concept of sovereignty was thought necessarily to presuppose a material and conceptual unity that excluded any possible division. This association of sovereignty and the Crown was so strong that as late as 1765, Blackstone said that "the law ascribes to the king the attribute of sovereignty, or pre-eminence" (p. 234). And yet we know what had already become of this regal sovereignty. With the Parliamentary revolutions of the seventeenth century, the Crown was forced to relinquish an important part of its authority. However, this concession amounted to a sharing, not a total abdication of sovereignty. Indeed, even if the common law system is governed by principles which proclaim Parliamentary sovereignty and which subject the Crown to the law, royal institutions still remain the source of sovereignty in the State. Orthodoxy in English public law defines sovereignty as "the Queen in Parliament," a somewhat peculiar expression which captures the hybrid power sharing between Executive and legislative organs.[12] Even today the Monarch personally exercises a part of this

12. "[W]e continue to speak of legislation enacted by the Queen in Parliament, of executive powers exercised by Her Majesty's Government, of justice administered in the Queen's courts" (Wade and Phillips, 1980: 233).

sovereignty in the form of the royal prerogative (de Smith, 1981: 145 ff.; Wade and Philipps, 1980: 233 ff.). Though its association with the Crown, the Government possesses its own powers and means of coercion which make it the true centre of power today. Even if, for political and ideological reasons, constitutional theory emphasizes the role of Parliament and the courts, in reality the common law system assumes the paramountcy of the Executive.

If one considers only the theoretical requirements of the Rule of Law, the courts' constitutional status seems to be identical to that of the Executive. Does this then not suggest that courts derive their authority from Parliament? A study of the constitutional basis of judicial review shows that things are more complicated. Historically, the judicial function emanated from the person of the Sovereign, and this original link has never fully been severed. Initially, justice was administered directly by the King in his *Curia Regis* as first lord of the Kingdom (Turner, 1968: 15). The judicial function represented a component of sovereignty because courts were empowered to settle disputes and state the law. Though it is still clear today that judicial authority flows from the Crown, the intervention of Parliament has ensured a measure of judicial independence.[13] While English courts managed to acquire a degree of autonomy prior to 1701, their independence was truly secured with the *Act of Settlement, 1701* (Strayer, 1983). For their administrative operations, and for the appointment of their judges, the courts still depend on the wishes of the Executive (Hood Phillips and Jackson, 1978: 377), which is legally "the Crown in its Executive role." Since the authority of the judiciary is derived from two sources, the Crown and Parliament, the courts cannot be seen as exercising independent sovereignty. They are only sovereign for the specific requirements of their judicial function.

These observations suggest reasons for the considerable differences in the roles of State organs, even if they all exercise some element of sovereignty. These differences imply a complex hierarchy of relationships. The fact that the judicial function does not enjoy the same status as the Crown is too easily forgotten. The problems experienced by the courts in dealing with acts resulting from exercise of the royal prerogative reveal their inferior status. When the Administration exercises that element of sovereignty flowing directly from the Crown, it too is accorded a pre-eminence which is totally at odds with widely held views of the relationship of Executive and judiciary. When the Administration can claim the legal status of the Crown, it accedes to a higher sovereignty within the State and may set up the Crown's own privileges and immunities. In recognizing such a status, Parliament must be taken as intending to grant the Administration a special pre-eminence, subject to review only by the Executive (Canada, LRCC, 1985: 17).

(b) *Primacy of the General Interest*

This pre-eminence of the Administration via the Crown materializes in the partial exclusion of ordinary law. Special rules apply to special situations — as if the idea of differentiation were naturally predetermined. What is more, the progressive elimination of royal prerogatives has caused problems, because many of these privileges have

13. For a synthetic view of this evolution, which culminated in the seventeenth century after a long series of battles between the King and the courts, see specifically Vallières and Lemieux, 1975-76: 270-8.

simply been transferred to the Executive. The Crown is still held to be vested with sovereignty and authority. The Crown reflects the notion of *jus eminens*, by which the rights of the State are higher and prevail over those of the individual.

Legal theorists have proposed a variety of approaches to prevent this pre-eminence from becoming too absolute or excessively authoritarian. With the advent of legal positivism, theocratic explanations of sovereignty have been replaced by so-called "objective" considerations. Austin refers to "the sociological reality of power" (Lloyd, 1981: 177). Kelsen (1962: 272) refers to a "hypothetical fundamental standard" (*Grundnorm*) from which all power within the State is derived. That is, sovereignty is justified differently today. It is presented more as an expression of the imperatives of the general interest than as a form of transcendent authority (Lloyd, 1981: 170). This general interest approach is a rather easy expedient for justifying State immunities. It links sovereignty to the public interest which, by its very nature, requires procedures and institutions which prevail over private interests (*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*). But such a view completely turns the tables. The State's special pre-eminence is claimed to be needed to meet the needs of the general public interest. Yet this really amounts to its taking precedence over individuals in order to serve them better. In this public interest conception, then, all that remains of the idea of sovereignty is a functional dimension by which the ends determine both status and means. The current concept of Crown agent rests on a similar logic, in that it justifies granting special authority to an administrative entity to achieve general public purposes. Whether it is merely a pretext or a concrete reality, the idea of general public interest fuels rhetoric which is unfavourable to improving judicial review (Kerr, 1981: 7). Public utility and general interest thus appear as concepts derived from royal absolutism. They simply suggest a more social and democratic justification for the privileged status of an important part of the Administration, something that only further inhibits the process of reform.

Subjective (and rhetorical) obstacles to modifying the principles of immunity from execution, therefore, are just as formidable as those that show a rational face. Indeed, would allowing compulsory execution not weaken State authority, or negate imperatives originating in the search for the common good? We must ask whether those preoccupations guide the courts in refusing to question this aspect of Crown immunity.

II. *Favourable Judicial Interpretations of Immunity from Execution*

For the most part, courts rarely question the principle of immunity from execution; they thereby reinforce it. Moreover, there is little case-law on the subject, so that existing precedents may not be representative. But there are few precedents in many areas of Anglo-Saxon administrative law. Subjective factors are probably responsible for the paucity of litigation. Because lawyers are convinced of Crown immunity, they will hardly risk challenging it with execution proceedings that are doomed to fail. The rare precedents which do exist are genuine test cases, where the court is confronted with novel situations.

In both Canada and the United Kingdom, the courts rarely see cases of an outright refusal by Government authorities to comply with a judgment. Often the problem of

non-compliance only arises incidentally. This further complicates the search for precedents. At the beginning of the century the Privy Council considered whether an action *in rem* could be brought against a ferry boat owned by the Crown for payment of the costs of a rescue operation. The Judicial Committee concluded that the ferry was exempt from seizure. Relying on the principle by which "it is impossible to contend that the King can be impleaded in his own Courts," it concluded that "it is, therefore, impossible to maintain that the power of seizing a vessel belonging to the Crown can be exercised as against the Crown."[14]

The most important recent case is unquestionably *Franklin* v. *The Queen (No. 2)*. This dispute was part of the aftermath of Rhodesia's unilateral declaration of independence. Mr. Franklin held Rhodesian bonds for which he had not received a penny since 1965. At trial, he managed to obtain a favourable judgment which was to be executed "by the registrar or other agent of the Government of Southern Rhodesia having possession in England and Wales of moneys of the said Government ..." (*Franklin* v. *The Queen (Note)* 205). The registrar was in fact the Bank of England, and it could only return 41 pounds to the petitioner instead of the 219 pounds which had been awarded for unpaid interest. In the second case, Mr. Franklin proceeded by petition of right[15] to compel the Bank of England's head accountant to submit to a post-judgment examination. An appeal from a decision refusing this incident of compulsory execution was unsuccessful. Lord Denning dismissed the appeal on the grounds that the first decision (*Franklin (No. 1)*), was merely a declaration of right, something which "is not a mandatory order" [for the payment of money] but is declaratory of the right of the suppliant. "It has never had to be enforced by means of a writ of execution. It is always presumed that, once a declaration of entitlement is made, the Crown will honour it. And it has always done so. Furthermore the Crown is not a 'judgment debtor' in any sense of the words" (p. 218). Lord Denning's rationale very clearly strengthens the special immunity that the Crown enjoys. Because the Crown is always presumed to be a good debtor, reform of the immunity from execution rule is unnecessary.

Earlier precedents are to the same effect as *Franklin (No. 2)*. *Dominion Building Corporation* v. *The King* concerned a Canadian dispute in which the Crown in right of Canada was in breach of contract. The problem of compulsory execution is often raised quite sharply in contract litigation because the private individual who has contracted with the Administration seeks, above all, execution of the agreement (specific performance). Hence, the question arises whether orders for specific performance may be made against the Crown. In *Dominion Building Corporation*, the Judicial Committee excluded the possibility *proprio motu*: "It is no doubt true that an operative order for specific performance cannot be made against the Crown" (p. 548). But their Lordships attempted to overcome the difficulty by noting their jurisdiction "to make a declaration

---

14. *Young* v. *S.S. "Scotia"* 505. The judge goes on to say (pp. 508-9):

> While, therefore, on the one hand their Lordships think that it was quite right to raise the question of the Crown's privilege in this case, they would deeply lament to learn that the Canadian Government, when the circumstances are brought to their attention, refused to give effect to the hearty recommendation of the Court below, which their Lordships desire emphatically to indorse and to repeat.
>
> Powerless to compel the Crown directly to remit an indemnity, the only alternative available to judges is expressions of sentiment.

15. As required by *The Colonial Stock Act, 1877*.

as to the right of the subject to specific performance if the circumstances justify it" (*ibid.*). Garant concludes that [TRANSLATION] "the courts may by declaratory judgment declare that the petitioner is entitled to specific performance" (1985: 386-7). Nevertheless, a declaratory judgment provides no real promise of execution, because by its very nature it cannot be enforced. The fact that declaratory action cannot sustain execution process was, in fact, noted in *Franklin (No. 2)*.

Canadian courts have also shown great respect for the principle of immunity from execution. The leading case is still *R.* v. *Central Railway Signal*. The Central Railway Company sought by distress to take back many of the assets and materials of the Canadian National Chemical Works. These had been confiscated by Her Majesty for violation of the *Excise Act*. After noting that the effect of confiscation was to give the Crown "the absolute property of the thing forfeited," Mr. Justice Duff quashed the seizure: "[O]f course, no order can be made against the Crown in such proceedings in the sense in which an order can be made against a subject" (p. 563). The court expressly held that the term "proceedings" encompassed the "specific recovery of goods, recovery of land, ... the enforcement of contract, ... the enforcement of such a right as a landlord possesses in the goods of his tenant ..." (*ibid.*). Mr. Justice Duff also cited Blackstone to the effect that "no process of execution can issue against His Majesty or His Majesty's property from any of His Majesty's courts" (p. 564), and endorsing comments by Maitland (Pollock and Maitland, 1968: 514), he added that: "It has sometimes been said that this immunity of the sovereign from processual coercion ... [is] 'the grandest of his immunities'" (p. 564).

It is hard to join issues when a principle is stated so categorically. The tenor of the judgment might even be seen as implying that the court is the defender of the Crown's privileged status. Even today many judges remain just as convinced of the principle of immunity. In 1958, Mr. Justice Rand of the Supreme Court had no hesitation in stating that the idea of subjecting the Crown to the ordinary law "is repugnant to the principle of immunity ..." (*C.B.C.* v. *Attorney General for Ontario* 198). More recently, in 1976, Mr. Justice Mayrand of the Québec Court of Appeal concluded that [TRANSLATION] "the sound administration of justice demands the respect ... of the prerogatives that our law accords to corporations or agents of the Crown" (*Commission d'assurance-chômage* c. *Cour provinciale*).

The same year the Federal Court ruled clearly that Crown assets, specifically those of the Canadian Broadcasting Corporation, were exempt from seizure.[16] After first noting that "the effect of any judgment against it can only be declaratory" (p. 148) and not enforceable, Mr. Justice Addy added this important clarification:

> [I]t has long been established in case law that the Crown can only lose its prerogatives under an Act which contains a clear and precise statement to that effect, and that any Act to which a party attempts to ascribe such a result must be interpreted in favour of the Crown and against whoever alleges that it has renounced its prerogatives. (p. 149)

The presumption that legislation should be interpreted in favour of the Crown also shows up in cases dealing with garnishment of its employees' wages. Even though the

16. *Public Service Alliance of Canada* v. *C.B.C.* As authorized by a writ of *fieri facias*, property of a Crown corporation was seized following registration of an arbitrator's decision. The judge decided that the writ was void *ab initio*, the seizure was quashed and any executory proceeding also forbidden.

Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act considerably modifies the extent of Crown immunity,[17] cases under the Act are still useful in explaining the origins of existing principles.

Relying principally on the fact that garnishees are "Crown servants," the courts have taken it for granted that public servants accede to the Crown's immunities. This attitude raises, on an individual level, the problem of Crown agency or Crown mandate.[18]

Some dissenting opinions from an earlier period might well have led to a different law today, but they have not been followed.[19] In the absence of an express provision to the contrary, exemption from seizure has remained the rule to this day. Some judges have proposed a rather feeble alternative, the declaration of right,[20] but since this recourse is merely declaratory, the problem of direct execution against the Crown inevitably recurs. In a significantly typical judgment (*Barre* v. *Fortin*), Mr. Justice Barbès of the Québec Superior Court refused to allow any seizure against [TRANSLATION] "the Sovereign's assets" because "no order aimed at forcing Her Majesty is valid in English law" (p. 139). The judge also made some particularly significant observations by way of explanation for the rule:

> [TRANSLATION]
> This proposition is based on the attributes of the Sovereign, who is only answerable to God. *Rex est vicarius et minister Dei in terra*. And Her Majesty's courts have no authority to give orders to her, even in civil matters. The jurisdiction of the Court is based on the existence of the authority to enforce it; but who can impose the effect of the exercise of authority on the source of that authority?
>
> It is because of the very authority of the Sovereign, of its dignity, which cannot suffer an equivalent or higher authority, that the Sovereign is immune from a court order. (*Ibid.*)

---

17. In Québec the principle of garnishment against the Crown was admitted in 1875 (*An Act to render liable to seizure a portion of the salaries of Public Officers and Employees*). The legislator beat a retreat in 1897 in making [TRANSLATION] "salaries of public officers" (section 599.9 of the old *Code of Civil Procedure*) exempt from seizure. On this subject see *Perreault* v. *McCarthy*; *Lépine* v. *Gauthier*; *Gingras* v. *Vézina*; *Lovejoy* v. *Campbell*; *Lelièvre* v. *Baillargeon*; *Robinson* v. *Quinn and Casgrain*. This case-law is based on the principle that funds destined for public purposes, for example the payment of contract for the construction of fortifications, remain exempt from seizure: *Fitts* v. *Pilon*. See also *Shaw* v. *Bourget*; *Beauchemin* v. *Fournier*; *Evans* v. *Hudon and Browne*; *Crevier* v. *De Grandpré et Lamothe*; *Dame St-Amand* v. *Decelles*.

18. In *Fortier* v. *Cholette*, the court of appeal specified that it is [TRANSLATION] "basically the King who appears by means of his officer .... Unlike an individual, the Crown cannot be required to pay, out of the defendant's salary, the amounts necessary to enforce the judgment" (p. 517).

19. Even if in *C.N.R.* v. *Croteau* the Supreme Court did allow the validity of a garnishment order directed against the C.N.R., it was only a means of a literal construction of section 15 of the Act (S.C. 1919, c. 13) which has become section 44 of the *Canadian National Railways Act*. On the level of general principles, Mr. Justice Duff clearly noted "the inability of the courts to make an order against the Crown," and shortly afterward he added that "[t]he process involves no order against the Crown" (p. 388).

20. In 1935, Mr. Justice Bouffard of the Québec Superior Court suggested that garnishment was allowed against a minister of the Crown provided some formal requirements were respected, specifically proceeding by declaration of right: *Blanchet* v. *Blanchet*. He was careful to add that in such proceedings, any formula with a penalty for non-compliance was banished in favour of [TRANSLATION] "a simple prayer addressed to the minister of the Crown" (p. 545). See also *Boileau* v. *Boileau Ltée*.

Not all judges rely on this type of argument, even though their decisions usually confirm the principle of immunity.[21] In all too few cases, judges have rejected established theories (*Martin* v. *Martin*; *Re Kraw and Kraw*), and when they do inevitably they confront the principle by which a court cannot make a binding order against the Crown. In other words, to take an example, while the courts are prepared to hold that garnishment of a teacher's wages is not contrary to public order, they have not dared to question their lack of jurisdiction to issue orders to Her Majesty (*Royal Bank of Canada* v. *Scott*).

This study of the cases highlights an important point. Whether the issue is liability in tort or compulsory execution, the judicial arguments are often similar in nature. Not so long ago, a judge could say that no proceedings could issue against Her Majesty, apart from the recognized exceptions. Such arguments are consonant with the ideas of Blackstone, by which "no suit or action can be brought against the sovereign, even in civil matters, because no court can have jurisdiction over him" (1765: 235). Today, to justify refusal of compulsory execution against the Crown, judges still rely on this type of argument. The Crown's special immunity from execution is, consequently, nothing other than a contemporary manifestation of the general immunity it previously enjoyed. The reforms undertaken in 1953, with the enactment of the *Crown Liability Act*, and in 1970, with the *Federal Court Act*, only constitute exceptions to the basic principle of immunity of Her Majesty before the courts. If public authorities have been more or less forced to adapt to a scheme of partial liability, the same cannot be said with respect to compulsory execution, where courts have rejected any liberalization of the rule. This immunity, then, is merely a holdover from a period when the constitutional bases of judicial power were still poorly entrenched with respect to the Crown, the latter institution being too closely associated with the Monarch as an individual.

The rhetoric of the cases shows the extent of the psychological and legal obstacles in the way of reforming the principle of immunity. Until it is acknowledged that the real beneficiaries of this immunity are simply the Administration and the Government, informed debate is unlikely. In direct confrontations with the Crown, courts will not reverse longstanding constitutional principles. The judge's position is most delicate since he is not at liberty freely to reassess principles unchanged since the twelfth century! Immunity, as conceived by medieval jurists and theologians, remains the rule, and any exceptions are, at most, concessions or adaptations that do not challenge its very existence. Given this context, it is hardly surprising that individuals have difficulty pursuing execution remedies against the federal Administration.

Section II: Absence of Legal Safeguards relating to the Execution of Judgments

Immunity from execution is both varied and complex, resting as much on judicial attitudes as on official enactments. Yet the Crown's immunity from execution is of no great moment if execution creditors have other recourses to ensure compliance with

21. *H.F.C. of Canada* v. *Dubois*; *Hamel* v. *Théorêt* is only an isolated case. Likewise, for the English-Canadian provinces, see *Re Hamill and C.N.R.*; *Bonus Finance Ltd.* v. *Smith*.

judgments rendered. Unfortunately, these alternatives do not really give the individual an adequate remedy for direct non-compliance by the Administration. The judgment creditor's situation is even more precarious because, even if alternatives existed, they might be rendered ineffective, given the complexity of different types of non-compliance. To gain a realistic appreciation of the effectiveness of alternatives to compulsory execution, it is necessary to examine strategies by which the Administration can deny or reduce the scope of a judgment.

I. *The Phenomenon of Non-Compliance with Judgments*

The phenomenon of non-compliance in administrative law does not assume the same significance as in its private law analogue. In the former case, the party refusing to comply with a judgment typically is the State itself. Therefore the problem must be approached from a completely different standpoint. Even if public authorities are execution debtors, they are not subject to the ordinary legal regime applicable to debtors. Indeed, to a large extent public authorities may unilaterally shape this legal regime in individual cases. That is, they have the power to frame the issue in dispute, either by consenting to the application of pre-existing legal rules to a fixed fact pattern, or inversely, by changing either or both the law or the facts so that litigation no longer serves any purpose. Consequently, non-compliance in administrative law is a complicated and diffuse phenomenon.

A. Limits of the Existing Legal Regime

At an early stage in Continental administrative law, particularly in France, legal theorists began to study non-compliance with judgments by the Administration (Defert, 1910; Barthélemy, 1912; Boulard, 1932; Laurent, 1941; Tari, 1933). Numerous cases of non-compliance led them to question whether orders of the Conseil d'État actually had executory force (Braibant, 1961; Lefas, 1958; Rivero, 1951; Montané de la Roque, 1950). Indeed, the French administrative judge [TRANSLATION] "with respect to the Administration had neither the power of injunction, nor of substitution, nor the possibility of compulsory execution process" (Weil, 1952: 58). The principle of the independence of the Administration meant that the judge could not directly compel the Administration to comply with final judicial orders. In effect, he could only pressure the Administration by imposing fines, awarding damages, or by systematically vacating (or quashing) Administration countermoves. Within such a context, it is hardly surprising that some judgments were simply ignored by the Administration in the name of the public interest and the sound operation of public services. These problems were apparently resolved by the major reform of July 16, 1980, a reform to which we shall return later.[22]

In systems based on the English constitutional tradition, the Rule of Law and the principle of separation of powers ought to rule out such administrative freedom. In its

22. See *infra*, the discussion in Chapter Two.

logical sense, the Rule of Law implies a hierarchy among State organs (Brun and Tremblay, 1982: 480). Thus, administrative action is normally subject to judicial review. In this tradition, the authority of courts is often considered an accomplished fact, as the comments of some judges indicate. In *MacQuarrie*, Mr. Justice Gillis refers to Fry's praise of the declaratory judgment in the area of specific performance but Fry adds, "although there might, perhaps, be some difficulty about enforcing such performance, in the unthinkable event of the Crown refusing to comply with the judgment" (1911: 65). Yet this "unthinkable event" is not all that improbable, if a judgment orders public authorities to suspend major public works. For example, in 1973 in the James Bay case, the Québec Government was able to avoid the consequences of the judgment by Malouf J. by filing an appeal. In Québec law, an appeal by the Crown always suspends the decision appealed from (*Société de développement de la Baie James* c. *Kanatewat*). If hypothetically the judgment had been final, it is hardly likely that the Government would have stopped construction, on which several hundred million dollars had already been spent. Considering the financial cost of certain undertakings, or their political importance (for example, nationalizations), the Administration may well encounter situations where it has no other choice but to refuse to execute a judgment. On occasion courts have foreseen this possibility, as the *Société Asbestos Ltée* case shows. Seized with an application for an interlocutory injunction against the Société nationale de l'amiante, Mr. Justice Lajoie stated that it would be improper to refuse an injunction on the basis that the Government might eventually refuse to obey the court's order. He considered that, were the Government to do so, its actions would [TRANSLATION] "weaken the foundations of the legal system that governs our society" (p. 350). He believed that [TRANSLATION] "the legislator and the Government still consider themselves bound by the decisions of the courts, if not by coercion at least morally and legally" (*ibid.*). Thus conscious of the real limits of its authority, the court was driven to invoking fundamental constitutional principles in response to a perceived threat of non-compliance.

Despite the genuine or presumed good conduct of the Administration, rules of Canadian administrative law do give considerable latitude to public authorities as to how they will comply with judicial decisions. In other words, the current system is problematic and could well lead to cases of non-compliance if there were a major disagreement between Administration and judiciary. Yet some jurists still presume the contrary. In *Franklin (No. 2)*, Lord Denning noted simply: "It is always presumed that, once a declaration of right is made, the Crown will honour it. And it has always done so" (p. 218). In English law, this serene and almost mythical portrait of the good conduct of the authorities has been sharply contested by Harlow (1976). She observes that, without resorting to pure and simple non-compliance, the Administration may still deprive a judicial decision of its essence (*id.*: 117). In such cases formal compliance is only a hollow gesture, [TRANSLATION] "the Administration twisting the decision and making it practically inoperative by one of the many gambits to which it is privy" (Fayolle, 1926: 32). She concludes, after studying the situation on both sides of the Channel, that "experience in both England and France suggests that recognized techniques exist for the circumvention of court orders" (1976: 117). In other words, the possibility of administrative runaround puts not only the usefulness, but also the very point of judicial remedies, into question.

Canadian commentators have begun to show some interest in this problem (Lemieux, 1983: 7-25). Sometimes the individual may only win a "moral victory" over a public authority, because the latter will [TRANSLATION] "take substantially the

same decision again, after having corrected the irregularities that led to it being quashed" (*ibid.*). But even granted these more subtle diversionary techniques, direct non-compliance also remains a very real possibility (see the *MacQuarrie* case). The problem of execution of judgments must be taken seriously, not only because individuals lack certain fundamental safeguards but also because questions arise concerning the appropriateness of maintaining immunity from execution in its present form.

B. Types of Administrative Response

The Administration may deploy a variety of tactics to counteract a court decision. These include both overt resistance where public authorities either ignore or defy a judgment, and covert or more discrete responses (passive resistance), such as incomplete or delayed execution, or even ratification of the vacated act.

1. Overt Resistance

In France, direct refusals to comply with judicial decisions are relatively more frequent than in other Western countries. Usually, it is minor officials or mayors of small communes who "rebel," typically out of pride or electoral opportunism (Weil, 1950: 384). But sometimes even central authorities refuse to comply.[23] Quite often the Administration systematically refuses to reinstate public servants who have been illegally dismissed (Braibant, 1961: 61; Lefas, 1958: 84). Here one frequently encounters genuine duels between the courts and the Administration — a war of attrition fought over the systematic repetition of decisions to quash (Fayolle, 1926: 37).

But the situation in France should not be caricatured. The key point is that political considerations may interfere with the voluntary execution of a judicial decision. This danger exists today in Canada. The Crown is truly independent of the judiciary, in a manner analogous to that reflected by the French principle of administrative independence from curial decisions.[24]

According to Montesquieu's analysis, the various functions of the State are distinct from, and independent of, each other. This is particularly true of the courts. [TRANSLATION] "In other words, the principle of separation of powers which, as we have seen, is meaningless under our constitutional system with respect to legislative and Executive functions, takes on some significance with respect to the judicial

23. The famous *S.A. des Automobiles Berliet* case is an example, in which, after an initial decision of the Conseil d'État dated July 22, 1949, the entire Government replied a week later with an interministerial order directly contradicting the decision rendered. On December 28, the Conseil d'État again took the same decision, severely censuring this defiance of *res judicata*. C.E. July 22, 1949, Rec. 368; C.E. December 28, 1949, Rec. 579; S. 579; S. 1951.3.1 (Concl. Guionin, note by Mathiot); Note by Weil, 1950.

24. In France, this principle is linked to the historical circumstances at the time of the creation of the Conseil d'État, this institution gradually becoming removed from the Administration itself. Hence the prohibition for the administrative judge [TRANSLATION] "to behave as an administrator." As a result, the judge cannot order the Administration how to behave, the latter being free to submit voluntarily to the requirements of legality. See Chevallier, 1970 and 1972.

function" (Brun and Tremblay, 1982: 513; see also Humphrey, 1945-46). Judicial and administrative functions cannot be confused, even if there are points where they overlap, and even if their decision-making procedures are becoming increasingly similar (Brun and Lemieux, 1977). The separation of powers doctrine means that the courts cannot directly usurp administrative discretion either by taking a decision on the merits of a given case, or by ordering performance of specific acts. To suggest the contrary would imply a confusion of functions and judicial interference in the internal operation of services (Artur, 1900). The role of the judge is to determine whether the law has been broken, and if so, to sanction its violation by quashing an impugned act. He may command the Administration to respect the Rule of Law, but he cannot dictate the latter's conduct, or even sanction a refusal to comply with a judgment by dictating the specific measures which the Administration must take.

Where there is overt resistance by public authorities, courts nevertheless possess formidable power. They may quash any act that directly violates the substance of the first judgment. If the Administration intends active and overt non-compliance, its defeat would often be inevitable because courts may quash, or at least seriously limit, non-complying behaviour. On the other hand, the Administration may more effectively resist through passive non-compliance since the courts have no meaningful sanction for non-feasance.[25]

2. Passive Resistance

Passive resistance may take three forms. First, the Administration may take its time complying with a judicial decision; in general no time-limit for execution is imposed. An even more effective gambit is to leave the judgment creditor with the impression that compliance will be forthcoming when it really has no such intention. Unlike non-compliance through ratification, here the Administration is simply adopting a common technique of private law litigation. Should more be required from the State on the basis that it should always be a good debtor? Should a reform be limited only to suppressing administrative practices? Assuming that we challenge the State's entitlement to certain special immunities, it can also appear questionable to subject it to discriminatory treatment. Finally, the State may try to outsmart its creditor just like any private law debtor.

(a) *Delay*

Although some delay is inevitable in any system of adjudication, it also results from external causes. Like any private person, the Administration may delay execution of a judgment by appealing a decision. As there can be no provisional execution against the Crown, an appeal is always an effective dilatory proceeding. Any lawsuit involving the State may take considerable time, in particular because of the financial resources of the State.

However desirable this may be, it is difficult to reform the law to prohibit proceedings which have no purpose other than to delay or inconvenience the opposing

25. This resistance above all takes the form of prolonged silence. As Delvolvé notes, [TRANSLATION] "rarely does the Administration take the initiative in outright refusal to comply with a judgment: not only does it take no initiative to execute, it takes no initiative to say that it will not" (1983-84: 121).

party. Everyone is entitled to his day in court, even if this entails according Canadian courts the right to impose fines or similar sanctions on parties who take abusive proceedings, as has been done in France.[26] Unfortunately however, overly delayed verdicts or decisions to quash are often useless, especially where the issue in dispute has become moot. As Braibant correctly points out, [TRANSLATION] "the danger of non-execution increases with time" (1961: 59). After several years have passed, the final judgment is often too late for the plaintiff to obtain any real satisfaction. For example, if a public servant has been wrongfully dismissed, how is it possible several years later for him to be properly reinstated into an interrupted career? In other cases delay may find the Administration in a position from which it cannot retreat, given the existence of vested rights and the prohibition on giving retrospective effect to certain acts. Public authorities inevitably have time on their side.

Even assuming that the courts decide a dispute within a reasonable time, the Administration may be slow to respond to the judgment rendered (Garant, 1985a: 952). For *bona fide* budgetary reasons, or even because of bad faith, it may procrastinate.[27] Full execution of a judgment may, therefore, take considerable time, during which the individual has no recourse. Because the Administration has great latitude in arranging the practical details of execution, procrastination invites incomplete execution.

(b) *Incomplete Execution*

Incomplete execution often results from a rather legalistic approach to judgments by public authorities. For example, in the case of a public servant who has been wrongfully dismissed, the Administration may give the impression of complying with the judgment by reinstating the person in the position or function previously held. But if it fails to assign him any tasks or responsibilities, or reduces his salary, it has complied with the judgment that quashed the wrongful dismissal only in a technical sense. Where courts simply declare that an act is illegal without specifying a remedy, often the Administration will interpret the judgment to suit its wishes. Unless the court orders *restitutio in integrum* or some form of compensation, the form of administrative execution may vary considerably. Indeed, public authorities may claim they misinterpreted the true intent of a judgment when declining to draw the remedial conclusions which it necessarily implies. In other words, respect for the letter of judicial decisions is really only a preliminary step toward full execution.

The Administration may avoid full compliance with a court order in ways other than declining to respect the spirit of the judgment. It may simply comply with only part of a judgment. For example, it may grant monetary compensation to a plaintiff while refusing to respect a mandatory or prohibitive injunction. On the pretext that it remains the final arbiter of how to comply with judicial decisions, the Administration may weigh the appropriateness of some measures ordered by the court against other administrative requirements, and decline to execute a judgment fully.

---

26. See Richer, 1983. In Canadian criminal law, the judge may order a stay for abuse of process (*R.* v. *Jewitt*). Such a power is only permissible in the context of accusatory proceedings (criminal matters) and not contradictory proceedings (civil matters).

27. The *Rosan-Girard* case, C.E. May 31, 1957, Rec. 355 (Concl. Gazier); *G.A.* 1978, 476; *D.* 1958.2.152 (Note by P.W.). See also Harlow, 1976: 118.

3. Administrative Alternatives to Non-Compliance

Thus far, Administration resistance has been presented as the principal impediment to full execution of judgments. Yet other, more sophisticated means exist to neutralize a judgment: the Administration may simply act to prevent a judgment from producing any real effect, either by amending the law or by changing its own practice. Specifically, it may do this by ratifying or re-enacting what has been impugned. Or it may reach a similar result by unilaterally altering the situation of the parties.

(a) *The Practice of Ratification*

Ratification is a legislative response which allows the Administration to use Parliament to regularize a challenged administrative act. It enables [TRANSLATION] "the Administration to extricate itself legally from the consequences of the order to quash or a declaration of illegality by the court" (Lefas, 1958: 86). In France, this practice takes the form of a statute that retroactively validates various administrative acts that have been quashed by administrative tribunals for want of jurisdiction (Perrot, 1983; Israël, 1981: 11). Commentators have severely criticized this practice.[28] The use of retrospective statutes can regularize acts whose legality is doubtful or contested retroactively to the date when those acts were performed.[29]

Although the use of ratification is widespread in France, English-speaking countries tend to resort to the technique of *ex post facto* annulation rather than to "validatory practice" (Harlow, 1976: 122). In this sense, it takes the form of a reaction or a response by the authorities to a judicial decision. The *Burmah Oil* case is a well-known example. In 1942, during the Japanese advance into Burmah, the British military authorities ordered the destruction of the Burmah Oil Company's installations, fearing that they would fall into enemy hands. In 1961 the company sued for compensation. Even though the destruction was ordered pursuant to an exercise of the royal prerogative, the Privy Council found for the plaintiff on the basis that "there is no general rule that the prerogative can be exercised, even in time of war or imminent danger, by taking or destroying property without making payment for it" (p. 102). Parliament reacted immediately by adopting *An Act to abolish rights at common law to compensation in respect of damage to, or destruction of, property effected by, or on the authority of, the Crown during, or in contemplation of the outbreak of, war* (1965, c. 18). Thus, despite having its right to compensation recognized by the country's highest court, the plaintiff received absolutely nothing.

English law provides other examples that are closer to the French practice of ratification. Among various statutes enacted by the British Parliament to ratify illegal acts committed by British troops stationed in Northern Ireland, the *Northern Ireland Act, 1972* (1972, c. 10) is particularly striking. On February 23, 1972, a Northern Irish

---

28. Braibant, 1961: 64; Lesage, 1960: 318; Auby, 1977. For recent examples of validation, see Pacteau, 1983. Also by Pacteau (1985: 343), see his comments on "La remise en cause législative de la chose jugée: les validations législatives."

29. On two occasions, the *Conseil Constitutionnel* has recognized the constitutionality of such proceedings (Decision No. 80-119 DC of July 22, 1980; *A.J.D.A.* 1980, 480 and Decision No. 85-192 DC of July 24, 1985; *A.J.D.A.* 1985, 485 (note by J.J. Bienvenu)). In the second case, the proceedings were audacious, to say the least, because the individual decisions at the basis of the dispute were validated even before they had been taken!

court declared the regulations conferring special powers on British troops to be illegal (O'Higgins, 1972). Reacting with remarkable speed, during the night of February 23/24 the British Parliament enacted a statute making retroactively legal the powers therein conferred on its soldiers, thus removing any likelihood of a claim for damages. Nearly a century earlier, Dicey attacked similar practices (1911: 84). Today one may continue to ask whether this potential escape-hatch serves the proper operation of the rules of administrative law.

Legislative ratification is also practised in Canada (Lemieux, 1983: 7-22). In 1973, the Supreme Court faced such a problem in the *Woodward* case. The British Columbia Department of Finance had established the amount of succession duties to be paid by the Woodward estate according to the *Succession Duty Act* of British Columbia. As this amount was based on an assessment which interpreted the nature of the relationship between the testator and a charitable organization, the executors challenged the Department's decision before the courts. However, the dispute quickly became moot when the legislature enacted a statute which vested an unfettered right of interpretation in the Minister.[30] The Supreme Court upheld the statute, but noted (p. 127) that "the latter part of this provision is unlike any other which has previously been considered by the Courts."[31] But unfortunately the Supreme Court stated that "it is not the function of this Court to consider the policy of legislation validly enacted" (p. 130), something that amounts to a rather narrow conception of the principle of Parliamentary sovereignty.

However, this phenomenon of *a posteriori* ratification is not limited to administrative law. It has become a general legislative practice that is not confined solely to administrative operations. A statute may suppress or reduce the effects of a judgment without any administrative act necessarily being questioned. This is shown by a 1953 case dealing with the interpretation of an Alberta statute (*Western Minerals Ltd. v. Gaumont*).[32] Once again, the Supreme Court accepted a *fait accompli* without protest, noting (p. 367) that "[t]he *Sand and Gravel Act* is *intra vires* of the Provincial Legislature and is declaratory of what is and has always been the law of Alberta, and so applied to the present litigation and is fatal to the appellants' claim."[33] Yet the

30. In 1970, section 5 of *An Act to Amend the Succession Duty Act* stated that:

> For the purpose of subsection (1) the Minister, in his absolute discretion, may determine whether any purpose or organization is a religious, charitable, or educational purpose or organization and the determination of the Minister is final, conclusive, and binding on all persons and, notwithstanding section 43 or 44 or any other provision of this Act to the contrary, is not open to appeal, question, or review in any Court, *and any determination of the Minister made under this subsection is hereby ratified and confirmed and is binding on all persons.* [Emphasis added]

31. Specifically, it concluded that "those words gave statutory ratification to all determinations of the Minister made under s. 5(2), as amended, even though such determination would, in the absence of the provision, have been valid" (p. 129).

32. Pursuant to an Alberta statute dating from 1942, the *Land Titles Act*, the appellant company held a claim reserving ownership "of all mines, minerals, petroleum, gas, coal and valuable stone in or under two certain quarter sections of land of which the respondents Gaumont and Brown were the respective owners under the Act of the surface rights." The parties disputed the ownership of the sand and gravel, even if the statute probably allowed it to be included in minerals covered by the claim. The trial judge ruled in favour of the mining company on this point. However, the effects of this judgment were literally wiped out by the enactment of the *Sand and Gravel Act* of 1951, which reserved exclusive ownership of the sand and gravel to the owner of the land surface.

33. Some judges have even adopted a firmly conciliatory attitude, by giving this statute a declaratory scope. According to Mr. Justice Cartwright, "its provisions indicate an intention not to alter the law but to declare what, in the view of the legislature, it is and always has been" (p. 367).

Ontario Court of Appeal objected to an Ontario statute in 1935, stating that certain contracts "[are hereby] declared to be and always to have been illegal, void and unenforceable as against the Hydro-Electric Power Commission of Ontario" (p. 798); the enactment also had a privative provision in order to block any challenge (*Beauharnois Light, Heat and Power Co.* v. *The Hydro-Electric Power Commission of Ontario*). Their Lordships refused to allow this interference with the judicial system, declaring such provisions to be null and void and invoking the fact that "the Legislature could not, by enactment of adjectival law, preclude the Courts of Ontario from so declaring [it *ultra vires*]" (p. 821). When important rights are at stake, the courts may therefore be quite strict in construing the formal will of the legislator. As the courts enjoy considerable independence, it is a pity that they have not been more critical of legislative ratification.

This brief review has focussed on a real problem. The individual is in a precarious situation if legislative or administrative intervention, before or after a judgment, may deprive him of the benefit of a favourable or potentially favourable decision. Even if in some circumstances ratification may be indispensable to avoid a stream of orders to quash,[34] it should not be allowed to impeach rights that have already been judicially recognized. That is, ratification should not be deployed as a recourse against a judgment already rendered. Here it is a case of reversing the old saw by which *justice should not only be done, but seem to be done*. The judicial process should be more than simply an appearance, a formal artifice without real significance, offering the individual no more than a moral victory. This danger is more than a mere research hypothesis, because by re-enacting what has been impugned, the Administration can, in fact, eliminate the effects of a judgment.

(b) *Reconfirmation of a Vacated Decision*

In the area of individual administrative acts, for example licences, permits and authorizations, the individual may easily lose the benefit of a judgment which has just corrected an illegality in the decision-making process. If the Administration can render the same decision against the plaintiff[35] following an order to quash, in the end, he obtains nothing more than provisional success, with the final outcome — an unfavourable one — never really in doubt. Reconfirmation thus becomes an effective way for public authorities to side-step a judgment, a genuine subterfuge described by Harlow as "the cynical flouting of the judgment of a superior court by the administration" (1976: 121). On the other hand, it can be argued that there is nothing

---

34. [TRANSLATION] "The repercussions of a decision to quash upon decisions that are themselves regular, occurring after the fact but affected by the illegality of the act that has been quashed, may lead to such complicated consequences that there is no other way than to proceed by legislative ratification, in order to avoid problems that are even more serious than the non-respect of *res judicata*" (de Baecque, 1982-83: 184).

35. This is not the only possible aftermath of the quashing by the courts of an administrative act. Based on the nature of the act that is quashed, and also on the grounds for it being quashed, the Administration may have nothing to do, or on the contrary, may be required to act by various material and legal measures, or may be required to take the same decision in accordance with various conditions. Without wishing to deny the complex and unpredictable nature of the consequences inherent in any decision to quash, here we are principally concerned with the final possibility. On the issue as a whole, see particularly Massot, 1979-80.

reprehensible about public authorities correcting simple errors of form by again taking the decision which the merits of the case require.

Whether occasional or widespread, this practice has managed to weaken the scope of two classic precedents of administrative law. In *Roncarelli* v. *Duplessis*, the petitioner was owner of a Montréal restaurant. He was denied his liquor licence in 1946 solely because of his membership in a religious group. He sued for damages, citing the illegality of the revocation of his licence. In 1959, thirteen years after the events took place, the Supreme Court ruled in his favour, declaring that discretionary powers had been exercised in bad faith. Roncarelli never got his licence back. All the Québec Liquor Board had to do was not refer to his religious beliefs in subsequent refusals. It was enough, then, to re-enact the impugned decision while at the same time correcting the cause of illegality. The Supreme Court was not empowered to declare Roncarelli to be entitled to a permit, for in the context of a claim in damages this would be to rule *ultra petita* (the action was against Duplessis). As exemplary as this decision may be, it shows that the Administration often has the last word!

The *Padfield* case is even more troubling. The *Agricultural Marketing Act, 1958* (c. 47) required the British Minister of Agriculture to set up a committee of inquiry to examine complaints from groups of producers. Despite protests from milk producers in southeast England about the effects of "milk marketing schemes" on their financial interests, the Minister peremptorily refused to form a committee to study the merits of the complaint. Although the Minister had discretion in pursuing the purposes of the Act, the court nevertheless considered that he could not ignore formal requirements of the Act. Following this decision, the Minister formed a committee to hear the petitioners but it dismissed their application immediately. Commentators concluded: "The remedy had proved illusory; the same decision could be reached with only nominal deference to the court, and the waste of time and money entailed is a deterrent to future complainants" (Harlow, 1976: 120).

The respect of formalities should not therefore create false hopes. Although the Administration may change its mind, there is a considerable likelihood that it will reach substantially the same decision upon a reconsideration. If its power is discretionary, it is unlikely to reverse an initial decision which is consistent with its overall policy approach. The individual only obtains a Pyrrhic victory.[36]

The *Nicholson* case is an excellent illustration of this type of problem. This lengthy legal saga ended without the appellant being reinstated as a police officer. He had been dismissed by an administrative committee (the Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police) following an urban reorganization whose consequence was a reduction in police personnel. He had been given no hearing prior to his dismissal. In a majority decision, the Supreme Court considered that Nicholson had been dismissed illegally because he "should have been treated "fairly' not arbitrarily" (p. 324). Anxious to respect the court's verdict, the committee then notified Nicholson that a full hearing would be held in order to rule on his case. The same committee also sent him a supplementary letter with eleven reasons for dismissal. Nicholson was obviously headed for a new dismissal, but this time the formalities were

36. The victory is all the more relative, because the administrative act whose quashing he has obtained will nonetheless have produced material and legal effects since its issuance. As Massot has pointed out, [TRANSLATION] "even though the act that has been quashed is entirely 'erased,' the judge cannot prevent it from producing some effects, sometimes even all of its effects, and only in science fiction can we go back in time" (1979-80: 116).

to be respected![37] Even if it may suffer some reversals because of formal or other procedural errors, the Administration is almost sure to win on the merits, above all where its evaluation is discretionary.

In principle,[38] public authorities are required to reinstitute proceedings that the courts declare to be merely defective as to form. In this light, the phenomenon of reconfirmation seems more benign: [TRANSLATION] "This attitude cannot be criticized, to the extent that the author of the decision fully respects the rule of law" (Lemieux, 1983: 7-25). Nevertheless, even if required by the Rule of Law re-enactment may eventually lead to abuse. In *Padfield*, the Minister substantially ignored the judicial decision by refusing to proceed with a serious study of the grievances presented by the milk producers. Repeating the same act was not enough, as he was also required to respect substantive guarantees in connection with his decision. In other words, what is important is the reasons for quashing and the nature of the Administration's power. If the error is purely one of form, public authorities may easily reach the same result after holding a new hearing that respects all procedural and substantive requirements. Simple reconfirmation of an impugned decision is only questionable if substantive requirements have been ignored.

But reconfirmation is still troubling. It is eloquent proof of the serious limitations on judicial review. If judicial review only addresses errors of form, the petitioner can hardly expect a meaningful result on the merits of his application. The administrative act that has been vacated by the judge is merely replaced by one that respects the requirements of formal legality!

Consideration might be given to a new principle of review by which public authorities cannot encroach upon rights already recognized by the courts (more specifically, the right to an honest and fair reconsideration of all elements involved in taking the decision). This would link the formal and substantive factors which are the basis of any decision-making process. Of course such a safeguard only contemplates matters of law, and not the factual issues which may be at the root of a dispute. In the meantime, the facts at issue may evolve in such a way as to compromise re-establishment of legality.

(c) *Unilateral Changes to the Circumstances in Dispute*

In much litigation, the mere passage of time may totally jeopardize the plaintiff's position. This problem may well be aggravated by the other party who multiplies

37. See *Re Nicholson and Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*.

38. Other problems may also arise. The individual may eventually face a new refusal following a change in the provisions applicable to his case. Between the initial decision, which is quashed, and the second, the time-lapse can be considerable. In fast-moving fields such as urban planning and social affairs, the law changes quickly and the individual may no longer provide what was initially expected. Is the Administration then required to apply the law in force at the time of the initial decision or instead to apply the new provisions? Under such circumstances, may a judgment's scope be retrospective? Should the judge apply the law in force at the time of the initial application, of the introduction of the lawsuit or of the day the judgment is rendered? Without attempting to answer these complicated questions, we find it worth noting that normally the Administration is bound to apply existing law to any new application, unless the contrary is provided for by law. Here is the problem: When an act that has been quashed is taken again, is the individual considered to have made a new application? In *Nicholson*, Mr. Justice Linden replied in the negative.

dilatory measures, or even worse, acts in such a way as to deprive the final judgment of any effect.

The Administration may irremediably compromise the replacement of the other party in its original position. This is all the easier where it is identified or associated with the Crown, because it enjoys immunity from provisional execution. The most striking example of this is the James Bay case, where ongoing construction work pre-empted any potential effect of a final judgment favourable to the Amerindians.

The seriousness of this problem can be seen in at least one recent event: the last judicial echoes of the Mirabel expropriations, which may eventually lead to a political settlement. Three expropriation victims challenged unnecessary expropriations by federal authorities. Despite this judicial challenge, the Canada Land Corporation (C.L.C. — Mirabel) continued to reconvey, by sale or lease, excess land that had been expropriated. In December 1983 it even undertook an advertising campaign, clearly jeopardizing the efforts of the plaintiffs to have their land returned to them. They alleged that such reconveyances would make the issue in dispute moot.

An interlocutory motion enjoining the sale was filed in the Federal Court. At trial, the judge admitted that were he to deny the injunction, the lands could be resold.[39] Yet, the motion was dismissed. On appeal the issue was framed in analogous terms: "[T]he appellants' remedy would be illusory if, following the sale of the lands, it becomes impossible for them ever to recover their property" (p. 870).

A majority of the Court of Appeal nevertheless upheld the ruling of the Trial Division. Although Mr. Justice Pratte noted that "this appears to be a case in which the *status quo* should be maintained while the action is pending" (*ibid.*), the Crown's immunity to injunction still prevailed. For Mr. Justice Hugessen, who dissented, "the unequal strength of the two parties involved is such" that he would make an "order directing the respondents not to sell the land ... until the final judgment" (p. 872).

Thus, there is no effective recourse against the State when it changes a situation in dispute, as almost no exceptions to the rule of absolute immunity exist. There is very real risk that changes to the factual undertones of a dispute will induce plaintiffs to seek an out-of-court settlement rather than judicial recognition of existing rights. In such negotiations, the initial object of the lawsuit becomes moot. And in the resulting struggle the State is invariably the easy winner.

The problem addressed here is difficult to resolve because the Administration may legitimately plead the imperatives of public interest and ongoing operation of public services. The cruise missile case is only one of many where national security has been invoked so as not to interrupt experiments with new technology (*Operation Dismantle* v. *The Queen*). On the other hand, the individual may have a legitimate interest in forestalling enforcement. Under present law the individual has no meaningful safeguards, and this gives litigation a hollow ring. In the name of some abstract administrative ethics, should the Administration be required to respect the rights of third parties? This amounts to submitting the Administration to a higher morality on the pretext that it is not merely acting according to purely private interests. If the State

39. "What would happen to this action if I did not grant the interlocutory injunction? That would definitely put an end to the matter, at least with respect to the remedy sought, in that the lands would be resold, thereby making it impossible for the plaintiffs to be declared the owners of these lands and removing the basis for the application for a permanent injunction" (*C.I.A.C.* v. *The Queen* 6-7).

is presumed to be a good debtor, should it also behave as a good pleader? In addition, it is always possible to argue that the State, like any other private party, may use extrajudicial pressure tactics. Is this not the ultimate consequence of equality before the law — the right of everyone to hit below the belt?!

These conflicting arguments are hard to reconcile. Moreover, other factors particular to the litigation, specifically the real purposes pursued by the Administration, may be relevant. The interests of the Administration and of the State's various identities lie camouflaged behind the concept of the Crown. An in-depth examination of the nature of administrative action, therefore, must precede proposals for reform. This examination will be undertaken in Chapter Two, Section II: *The Reality of Modern Administration*.

II. *The Ineffectiveness of Alternatives to Compulsory Execution*

Non-compliance can be a problem for execution creditors in two ways. Besides direct non-compliance supported by Crown immunity, there is a variety of administrative practices which achieve the same result. The question here is whether execution creditors have effective remedies against non-compliance with judicial decisions. A few do in fact exist, suggesting that the individual has effective means to achieve an acceptable degree of execution. Some of these are essentially passive, such as pleading *res judicata* or seeking declaratory judgment. Others imply a more active contestation, as in the case of injunction and contempt of court. Despite the apparent potential of these remedies, however, closer examination reveals their limits in securing compliance with judicial decisions.

A. Passive or Non-Executory Remedies

The plea of *res judicata* and the declaratory judgment can be characterized as passive in nature even though the creditor who wishes to invoke them cannot remain inactive, particularly in the case of the declaratory judgment. While the declaration requires the plaintiff to bring a new action, it remains fundamentally passive, because it does not generate executory sanctions or give rise to debtor coercion. In principle, public authorities must comply with declaratory judgments, just as they are morally bound to respect any judicial decision. But since immunity from execution process is the problem to be overcome, the declaration is seriously compromised.

1. *Res Judicata*

Res judicata describes the principle by which, once a judgment is rendered, the legal relationship of the parties described by that judgment is not open to challenge. The stability of legal relations demands that once judgments have become definitive

they cannot be challenged in collateral proceedings.[40] *Res judicata* seems to be usually invoked as a defence at the beginning of a new lawsuit where the cause of action is based on questions of fact and law previously settled by the courts. In Québec law, this defence takes the form of a bar to action, which must be raised as a preliminary objection before pleading on the merits (*Code of Civil Procedure*, s. 165.1). To succeed, it must meet the requirements of the rule of the three identities: subject-matter, cause and parties (Nadeau and Ducharme, 1965: 469; Nadeau, 1963). In common law, the doctrine of *res judicata* is usually considered as a type of "estoppel."[41] To apply, the defendant must not only show that "the subject-matter in dispute was the same in the second suit" and that the judgment invoked "was conclusive to bind every other court," but also that the plaintiff launching the new attack has omitted by his own negligence to raise the elements of fact or law in the first lawsuit that he invokes in the second (*Halsbury*, 1983, Vol. 16: 1028). *Res judicata* is a presumption *juris et de jure*, the judgment in question being deemed [TRANSLATION] "the full and entire truth" between the parties (Nadeau and Ducharme, 1965: 447).

The principle of *res judicata* has two defects as a means of ensuring compliance with judgments. First, it is raised as a defence and not as part of an active contestation. Unless the Administration attempts to relitigate an unfavourable judgment, the execution creditor who hopes to use this principle to force a recalcitrant Administration to respect a judgment in his favour has only extrajudicial resources at his disposal. For example, he may attempt to pressure the Administration, perhaps even threatening new lawsuits. In such a context *res judicata* does not really function as a legal remedy.

Secondly, the effect of a plea of *res judicata* upon the Crown is not clear. In theory, "the King is not bound by fictions or relations of law, or by estoppels" (Lyman, 1978; Chitty, 1820: 381). This is true for both classes of estoppel, "estoppel by record" (based on forms of evidence or claims within the other party's pleadings, and thus internal to the trial) and "estoppel by deed or estoppel in pais" (based on the other party's conduct prior to the proceedings).[42] Since "the doctrine of *res judicata* is a branch of the law of estoppel" (*R.* v. *St-Louis*), it may be that the Crown is not bound by the principle.

Not all authors support this deduction: "although Her Majesty is not bound by estoppel, she is bound by the principles of *res judicata*" (*Canadian Encyclopedic Digest*, 1985: 141; Mundell, 1953: 208). But the precedents cited for this proposition

---

40. Watrin, 1958: 29. From the standpoint of French administrative law, Pacteau makes subtle and interesting distinctions between "rejected *res judicata*," "granted *res judicata*" and "declared *res judicata*" (1985: 269). See also Delvolvé who analyses the literature on the subject by constantly stressing the fundamental distinction between "*res judicata*" and "binding force" (1983-84: 115). The latter is not inevitably linked to the former, specifically with respect to interlocutory judgments.

41. For a comparison of civil law and common law on this subject, see Wasserman, 1956; Nadeau, 1986.

42. However, it should be noted that in 1916 an English case allowed that the Crown could be bound by "estoppel in pais" (*Attorney-General to the Prince of Wales* v. *Collom*), thereby initiating a minority trend in the case-law in both Great Britain and Canada: *R.* v. *Gooderham and Worts Ltd.*; *Queen Victoria Niagara Falls Park Commissioners* v. *International Railway Co.*; *R.* v. *C.P.R.* These precedents were not long-lived, because in 1931 Mr. Justice Angus of the Exchequer Court reaffirmed forcefully that "the Crown is not estopped by any statement of facts or any opinions set out in any department report or letter by any of its officers or servants" (*R.* v. *Capital Brewing Co. Ltd.* 182).

are not unequivocal.[43] For example, the case of *R.* v. *Dominion Building Corp. Ltd.* is not explicit, although an Exchequer Court decision of 1897, *R.* v. *St-Louis*, states clearly that "the doctrine of *res judicata* may be invoked against the Crown" (p. 330). Moreover, since the beginning of this century, the Supreme Court has made no clear ruling on this point, except in criminal law where *res judicata*, in the form of the special pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict*, operates in favour of the accused to prevent successive prosecutions (*Kienapple* v. *The Queen*; Del Buono, 1983: 301). In civil proceedings, doubts linger.

Can *res judicata* effectively bind the Crown? Chitty implies that the Crown benefits from immunity in this area, so that an express legislative provision to the contrary must normally be invoked.[44] Besides these traditional arguments, the most serious obstacle remains the concept of *res judicata* itself. In civil law, for example, *res judicata* classically consists of three elements: the legal force of truth (*la force légale de vérité*), binding force (*la force obligatoire*) and executory force (*force exécutoire*) (Watrin, 1958: 39). English law has a comparable concept, the "conclusiveness of judgments" (*Halsbury*, 1983, Vol. 26: 273). The third of these three civil law requirements, executory force, is absent in Crown proceedings because of the latter's immunity from compulsory execution. At common law the right to execution is one of the normal attributes of *res judicata*, and where it is not present *res judicata* cannot be invoked: "the majority of judgments and orders require one or more parties to do or abstain from doing some act, and, if such a judgment is not obeyed, some further legal process is required to ensure compliance, [specifically] ... various modes of execution and analogous proceedings" (*id.*: 289). The constitutional status of the courts, the legal basis of their powers, and concepts of judgment and *res judicata* permit an appreciation of the scope of the Crown's special status. Because it is above the law, the Crown is also above *res judicata*. This quite surprising observation is consistent with the state of the law.

Given these requirements, *res judicata* only applies to judgments which do not imply recourse to some form of execution, but rather to judgments that are self-executing. This is particularly the case with the declaratory judgment, one of the few areas where *res judicata* may apply to the Crown. But if the declaration is being used to compel execution of a judgment, other difficulties arise.

2. Declaratory Judgment

Although Mullan considers that "[t]he *Federal Court Act* does not contain any specific authorization for the issue of a declaration ... against the Crown" (1975-76: 116), other authors feel that this remedy may lie under section 17 (Lemieux, 1983: 6-09) or even section 18 (Dussault, 1974: 1009). To date, the courts have not been concerned to clarify the point, but have allowed a rather broad use of the declaratory judgment against the Crown (see *Emms* v. *The Queen*; *Smith* v. *The Queen*; *General Bearing Service Ltd.* v. *The Queen*). In so doing, they have given this remedy a

43. In the previous century, Mr. Justice Gwynne, without referring explicitly to the Crown, effectively ruled that federal authorities were bound by *res judicata* (*Fonseca* v. *Attorney General of Canada* 619).

44. In *St-Louis*, this was the reasoning of the attorney for one of the parties, who claimed that because of article 6 of the *Civil Code* (Lower Canada) the Crown was bound by article 1241 of the same Code with respect to the definition of *res judicata* (p. 341).

meaning and scope traditional to common law countries (Zamir, 1962: 11). In England, the declaratory action has enjoyed a considerable extension in administrative law (Wainwright, 1981-82: *in fine*). May it now be used to subject the Crown to execution process?[45] To the extent that constraint and compulsion are hardly compatible with such a remedy, has its original purpose been debased?

Initially, the declaratory judgment was clearly preventative, and not curative, in nature.[46] In Québec, this distinction was emphasized by introduction of the declaratory judgment by motion in the new 1966 *Code of Civil Procedure* (ss. 453-456; Ferron, 1973; Sarna, 1973). But the importance of the distinction today has been diminished by the Supreme Court, which has allowed municipal by-laws to be annulled by declaratory judgment (*Duquet* v. *Town of Sainte-Agathe*; Grey, 1978). Already accepted in English administrative law (Wainwright, 1981-82: 26; *Congreve* v. *Home Office*), this broadening has made the declaratory action a more meaningful remedy. Quashing is a genuine sanction of administrative action, going well beyond the idea of a "latent right" that the court is asked to unveil.[47] Originally understood as a non-executory remedy that would clarify the plaintiff's rights and obligations,[48] the declaratory action has acquired a much more active role. To this effect, Lemieux (1983: 6-09) has recently affirmed that it may even [TRANSLATION] "be used to *prevent* an illegal act" and also to [TRANSLATION] "*require* respect of a duty." [Emphasis added]

As significant as its evolution may seem, strict limits still prevent the declaration from taking on the features of a direct action or a pre-emptive remedy such as mandamus. A provision such as section 456 of the *Code of Civil Procedure* may imply coercive purposes, by stating that "a declaratory judgment ... has the same effect and is subject to the same recourses as any other final judgment." But to be genuinely executory the declaration must also lead to effective compulsion. This raises the issue of the remedy's purpose.

Many authors deny that the declaratory judgment may have a coercive purpose. In examining its scope in administrative law, Warren concludes that its principal advantage is precisely "the absence of coercive force behind the judgment .... The absence of sanctions against public authorities decreases the chance of hostility in the proceedings, and recognizes that public officials in a democratic society act more often as a result of a perceived public duty than private gain" (1966: 642). This view of the declaration puts it in a different category of remedies from coercive measures such as compulsory execution. But because the declaratory judgment may result in the vacating of an administrative act, it is less benign than usually thought, and may even leave open the possibility of genuine sanctions. No doubt the Administration considers the quashing of its acts as a sanction, but here sanction no longer means only an executory measure. For example, the Federal Court has already declared that taxes "improperly exacted" were to be reimbursed (*General Bearing Service Ltd.* v. *The Queen*).

---

45. Specifically, this is the position of Garant, 1985: 387.

46. "It will be seen that the essence of the declaratory judgment is the determination of rights. It is an adjudication, in the full sense of the word, which does not create new rights or duties, but confirms the existence of a jural relation. The effect of a declaratory judgment is then only 'to declare what was the pursuer's rights before'" (Martin, 1931: 547).

47. On this idea of latent rights, see Ferron, 1973: 382.

48. To learn more about the English approach in the nineteenth century, see Sarna, 1978: 4.

But even if it has a broader scope, the declaratory judgment remains a remedy that cannot result in sanctions. It does not give rise to execution process to compel compliance. Wainwright considers that the declaratory judgment [TRANSLATION] "declares the state of the law that is applicable at a given time without stating any sanction for the defendant" (1981-82: 23). Rejection of the possibility of sanctions amounts to excluding measures of compulsory execution. However, there is nothing to prevent the emergence of other sanctions. Indeed, [TRANSLATION] "even though failure to conform with a declaratory decision does not result in direct legal sanctions, acts that are not consistent with the provisions of declaratory judgments may be considered to be without legal effect in a situation where their validity is tested in a subsequent proceeding" (*ibid.*). But this is of little interest if the declaration is sought to obtain compulsory execution of a judgment. The problem is really administrative inertia, as no positive measure has been taken to ensure that the judgment is respected. Measures may only be quashed for illegality where there is active and direct violation of a judicial decision, although such a remedy seems hardly appropriate to sanction normal public administration. Basically, compulsory execution is not compatible with the declaratory judgment. Pépin and Ouellette summarize the situation as follows: a declaratory judgment [TRANSLATION] "is without executory or coercive force" (1982: 364).

Even if it were ultimately possible to obtain a declaration of the right to execution in the case of violation of a previous judicial decision, such a judgment would get the creditor no further ahead precisely because public authorities are still immune from execution. The absurdity of this possibility is patent: How could a judicial remedy not liable to compulsory execution serve as a palliative for a refusal to execute? To counter the bad will of public authorities, the individual must be able to get a real result, and the declaratory judgment cannot provide this. Taken alone, the declaratory judgment is an illusory remedy; ideally it should be supplemented with a mandatory procedure such as injunction (*Pyx Granite* v. *Minister of Housing*; *Minister of Finance of Canada* v. *Finlay*; Pépin and Ouellette, 1982: 377). But once again, the injunction against the Crown is not without its own problems, as will be seen in the next section.

B. Active or Executory Remedies

Even if the cases give some direct effects to the declaratory judgment, the remedy still cannot be deployed to force recalcitrant authorities to act in a specific way. Such a result normally can be obtained only through mandatory remedies, such as the injunction and mandamus. These involve direct coercion aimed at the performance or non-performance of a specific act. Depending on the plaintiff's objectives, a punitive remedy, where an element of moral or material compensation prevails, may also be of use. These consist of contempt proceedings and the traditional action in damages.

1. Mandatory Remedies

Even if the injunction and mandamus have the same general purpose, they are not available under identical conditions. Their different origins explain this result. The injunction is a private law remedy whose extension into public law is a relatively recent

phenomenon. In Crown proceedings, however, distinctions between the two lose much of their significance. In 1976, the Federal Court considered it to be "obvious" that "no court may grant a mandamus or an injunction against the Crown" (*Laurent* v. *The Queen* 49). Immunity from prerogative writs and injunction is also clearly spelled out in all provincial statutes.[49] Despite these obstacles, given their recent evolution, it is worth considering whether they can be used to coerce public authorities. Because these developments have differed for each of the two remedies, they will be discussed separately.

(a) *Problems with the Injunction*

Despite hopes generated by the availability of injunction against some public authorities, major obstacles still restrict its scope and effectiveness. Injunction may be sought only in a small number of situations; in addition, there are strict conditions limiting its availability. These limits take on a special importance if the injunction is to be used to compel public authorities to execute a judgment.

(i) *Parties Defendant*

The main factors conditioning the issuance of an injunction against a public authority are the status of the authority and the legality of its action. Although there is little doubt that injunction may be granted against "the Administration which is not the Crown," it is not available against those who are associated with the Crown (Strayer, 1964: 2; Lemieux, 1983: 7-14). This immunity is based on the fact [TRANSLATION] "that judges do not issue orders that they cannot have executed" (Pépin and Ouellette, 1979: 275), sending us back to the overall problem of the relationship between Crown and courts (see *supra*, p. 10). Indeed, "the injunction is a specific order from the court to a member of the executive branch demanding specific compliance" (Strayer, 1964: 1). Pursuant to general principles of public law and common law, direct constraint of the Crown is not allowed. Despite the suggestions of some authors[50] as well as a formal recommendation of the Commission (Canada, LRCC, 1977: 47), the general principle governing the availability of injunctive relief against the Crown remains immunity.

Analysis of the cases only confirms the continued applicability of this general principle. The Federal Court has been the most unequivocal. On several occasions it has reaffirmed the immunity rule. In 1982 in *Grand Council of the Crees (Quebec)* v. *The Queen*, Mr. Justice Pratte of the Appeal Division noted that

> ... various provisions of the *Federal Court Act* ... do not, in my view, have the effect of abridging the traditional immunity of the Crown from injunctive relief. If Parliament had wanted to modify or repeal such a well-established principle, much clearer language would have been used. (p. 600)

---

49. For Québec, *Code of Civil Procedure*, s. 94.2; for Ontario, *Proceedings Against the Crown Act*, s. 18(1).

50. [TRANSLATION] "It becomes a question of protocol to deny an injunction only because it is directed against the Government or the Crown" (Pépin and Ouellette, 1982: 362).

In a recent case, the same judge adopted an identical position.[51]

Despite this line of authority, which is hardly favourable to claims by individuals, other judges have allowed injunctive relief when public authorities commit an illegal act or exceed their jurisdiction. The immunity they enjoy has therefore become relative, if they exceed the limits of their jurisdiction.[52] In the *Société Asbestos Ltée* case, the court went even further in granting an injunction against the Crown on the simple threat of illegality, more specifically the unconstitutionality of a statute.

This latter approach may be reconciled with the views expressed by the Federal Court, if the nature of administrative action in question is distinguished. Where this is truly administrative and does not result from a legislative mandate, immunity remains the rule. In *Grand Council of the Crees (Quebec)*, Mr Justice Marceau referred to "duties of a general administrative nature" for which the Minister was only responsible to the Crown (p. 600). On the other hand, if administrative action flows from objectives set out expressly by statute, it is sufficient to allege any ground of illegality to overcome the immunity. While the distinction is clear, one might still question its relevance, since all administrative action at some point is directed to the pursuit of legislative objectives. Administration is not an end in itself.

This breach in the scheme of Crown immunity opens up an interesting alternative if it is possible to characterize the failure to respect a judgment as an illegal act. The argument would be that a judicial decision, viewed as a precedent, is law, so that its violation amounts to an abuse of authority amenable to injunctive relief. But the hypothesis is still highly speculative, since heretofore injunctions have only been granted to restrain legislative and constitutional illegality. Moreover, Crown immunity from execution has a legislative foundation, and statutes are hierarchically superior to judicial decisions. Finally, it might even be that the Crown's failure to comply with a judgment does not amount to an illegal act. Not only is the Crown immune to any form of judicial constraint, but it may also consider that it is not really subject to the principle of *res judicata* for the reasons mentioned above (see *supra*, p. 30). Given these doubts about the very concept of an illegal act,[53] injunctive relief in this area remains extremely uncertain.

In order to circumvent this problem, it is always possible to attack directly an individual public servant or agency head. Injunctive proceedings are then directed against the individual and not against the Crown. Such a distinction has been favourably received in Québec, where courts have rejected a Crown agent defence raised by

---

51. "There is a rule of long standing that the courts cannot issue an injunction against the Crown. This rule may seem archaic, but this Court has recently held that it still applies and that it was not abolished by the *Federal Court Act*. In these circumstances, I consider that this recent decision must be followed until the legislator or the Supreme Court of Canada decides otherwise" (*C.I.A.C.* v. *The Queen* 869-70).

52. "[A] person threatened with the commission of an unlawful act by a corporate Crown agent can seek the assistance of the Court to prevent the corporation from doing that which it is not authorized to do as a Crown agent" (Mr. Justice Martland in *Conseil des Ports Nationaux* v. *Langelier* 74). See also: *Amax Potash Ltd.* v. *Government of Saskatchewan*; *Procureur général du Québec* c. *Société du parc industriel du centre du Québec*; *Lepage* v. *Association québécoise des pharmaciens propriétaires*.

53. For example, Garant questions whether violation of a contract by the Administration amounts to illegality: [TRANSLATION] "Cannot breaking a contract be considered as an act that is *ultra vires*?" (1985: 387).

Ministers against whom an injunction was brought on their personal capacity.[54] In federal law, this manœuvre has only had limited success. Citing an earlier Supreme Court decision (*The Minister of Finance of British Columbia* v. *The King*), the Federal Court refused to issue an interlocutory injunction against two federal ministers on the grounds

> ... that a mandatory order cannot be issued against a Minister of the Crown when he is simply acting as a servant of the Crown rather than as an agent of the legislature for the performance of a specific duty imposed on him by a statute for the benefit of some designated third person. (*Grand Council of the Crees (Quebec)* v. *The Queen* 601)

From this angle, injunction probably only exists for a limited range of situations. The Minister must refuse to accomplish an express statutory obligation that benefits the interests of some designated third person. Therefore, the concept of an illegal act has a very specific meaning, which Québec courts have done little to articulate, being either too general — allusion to "want of jurisdiction" (*Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée*; *Association espaces verts du Mont-Rigaud*) — or too confused (*M.D.J. Ltée*).

Whether it receives a large or narrow construction, the notion of an illegal act being considered here must result from legislation rather than precedent, and consequently we are thrown back to the general obstacles mentioned earlier in connection with the specific case of execution of judgments.

(ii) *Criteria of Availability*

From a review of the criteria governing the availability of injunctions (colour of right, gravity of harm, balance of inconvenience), it is apparent that the remedy is completely discretionary. As commentators note, issue of this remedy [TRANSLATION] "is largely discretionary" (Pépin and Ouellette, 1982: 359) because it implies a subjective evaluation of the position of each of the parties with respect to the other and of their respective interests. Here it seems reasonable that a comparison between the public interest and a purely private interest will hardly favour the latter. The famous case of *Société de développement de la Baie James* is an excellent illustration. Although the trial judge admitted that the balance of convenience favoured the aboriginal peoples, the five Québec Court of Appeal judges ruled firmly in favour of the Government. In their analysis of the balance of convenience, it is striking to see how easily the judges associated the general interest with the ends pursued by the Government, the two appearing to coincide. As Mr. Justice Turgeon noted, [TRANSLATION] "the interests of the Québec public are represented in this case by the principal appellant companies" and "the evidence shows that it is imperative for Hydro-Québec to carry out its project ..." (p. 177). Thus courts may well show great sensitivity to this mystical general interest so as not to disrupt the smooth operation of public services. Of course, as the *Société Asbestos Ltée* case seems to suggest, in order to prevail the Administration must actually prove that there is a conflict between public and private interests. But since the public is often dependent on the undisrupted operation of

54. See *Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée* c. *Le procureur général du Québec*; *Lepage* v. *Association québécoise des pharmaciens propriétaires*; *Peetroons* c. *Ministre de l'Agriculture du Québec*; *Morin* v. *Driscoll College Inc.*

administrative services, courts are understandably hesitant to issue orders enjoining the Administration. *Vis-à-vis* the State, private interests can easily be seen as subordinate and contingent. For all these reasons, the use of injunctive relief to compel public authorities to execute a judgment remains doubtful.

(b) *The Limits of Mandamus*

Compared with injunctive relief, mandamus seems a more plausible recourse because it was actually created to force a public authority to carry out a legal duty or obligation. To counter non-compliance, Harlow proposes use of mandamus (1976: 123), since its very purpose is to respond to the Administration's inertia. As Dussault points out, it contemplates [TRANSLATION] "ensuring the execution of a public duty" (1974: 1044), something which seems to suggest that it may be used against an authority which fails to comply with a judgment.

The use of mandamus is not, however, totally free of problems. In principle, the Crown is still immune from this remedy. This rule was strongly affirmed by Mr. Justice Walsh in *Rossi*, who concluded peremptorily that mandamus does not lie against the Crown. Yet it may be, subject to what has already been said about the injunction, that this problem may eventually be side-stepped by the direction of proceedings specifically at the public servant or agent who has refused to respect a statutory obligation. As a direct recourse against the Crown, mandamus is all the more uncertain because compulsory execution of the order is not possible. Some commentators do suggest that defiance of mandamus can give rise to contempt of court proceedings (Pépin and Ouellette, 1982: 314; Reid and David, 1978: 417) — in Québec, this is provided for by section 836 of the *Code of Civil Procedure*. But there is no little absurdity in a situation where a private individual must resort to contempt proceedings upon a mandamus to execute an earlier judgment and still not be certain that that initial judgment will be complied with.

Another more serious problem flows from limits on duties which may be compelled by mandamus. All commentators have noted that [TRANSLATION] "for the writ to be admissible, the defendant must be forced according to the terms of the enactment to act in a given way."[55] The obligation must be directly prescribed by statute[56] or regulation, as was the case in *Vic Restaurant Inc.* v. *City of Montreal*. Thus, mandamus would only be available if by ignoring a judgment, the Administration violates a duty imposed by statute or regulation. Besides statutory duties of form and procedure (inquiry, consultation, and so forth), such cases might include those where the authority refuses to act in a manner logically implied from the quashing of a prior act, or to perform a purely ministerial function. However, there are many examples of enactments that impose no specific duties on the Administration. Mandamus would not lie to compel compliance where the Administration enjoys a subjective discretion, notably disputes relating to the exercise of discretionary power, cessation of a nuisance, repair of harm, execution of a contract, exercise of police administrative powers, to

55. Lemieux, 1983: 5-02; de Smith, 1980: 54. This author is careful, however, to recognize a larger basis for the admissibility of mandamus ("charter, common law, custom or even contract"), but without being very convincing on this issue. To the same effect, see also Whitmore and Aronson, 1978: 376.

56. See in this sense: *Weatherby* v. *Minister of Public Works*; *Harcourt* v. *Minister of Transport*; *Bay* v. *The Queen*.

name only a few. In *National Indian Brotherhood* v. *Juneau*, the Federal Court has already refused to issue mandamus to compel the C.R.T.C. to hold a public hearing since the decision whether or not to do so was purely discretionary (see also *Moreau* c. *Cité de Sherbrooke*). But, while an administrative authority cannot be compelled to exercise a discretionary power in a given way, it is still susceptible to mandamus if it exercises those powers in a way which is arbitrary or contrary to statute (*Padfield* v. *Minister of Agriculture, Fisheries and Food*; *Air Canada* v. *Attorney General of British Columbia*).

It is possible, however, to construe the "legal duty" requirement broadly. Does not a judgment in favour of a private individual also create a legal duty for the Administration, a duty imposed by judicial decision? That is, in recognizing pre-existing legal imperatives, the judgment confirms a vested right to which the Administration is obliged to conform.[57] The concept of vested rights nevertheless has its limits, and the courts have always required that the rights in question be given expressly by statute.[58] They cannot arise from liberal judicial interpretations of statutory language. Mandamus would appear, therefore, to be a remedy for compelling public authorities to respect the legality of a statute, but not a judgment (*Rossi* v. *The Queen*).

Clearly then, mandamus is no panacea for non-compliance with a judgment. Although it has greater possibilities than either the declaratory judgment or the injunction, it is not without its own external and internal drawbacks.

2. Punitive Remedies

Besides direct coercive remedies, there are others which are punitive in nature. The possibility of a contempt of court citation or of a damages award raises the spectre of genuine punishment for whoever defies a judgment. A plaintiff who has little interest in full compliance may instead resort to these forms of moral (contempt of court) and monetary (damages) punishment.

(a) *Contempt of Court*

To sanction acts or omissions which impugn the authority of a court, the common law allows the judge to cite for contempt of court. Such a sanction is deemed inherent in the powers of the court (Jacob, 1970: 26), and has very different implications depending on whether the contempt is civil or criminal.[59] Non-compliance with a judgment belongs to the first category, because the purpose of civil contempt is "the enforcement of judgment or orders of the court" (Borrie and Lowe, 1973: 314). In

57. In Québec, some judges consider mandamus to be admissible to protect vested rights. This is especially the case in municipal affairs, under the pretext of a "flagrant injustice" which would result from non-respect of vested rights prior to enactment of a zoning by-law: *Hanschild* c. *Corporation de la ville de Delson*.

58. See *Blais* c. *L'Association des architectes de la province de Québec*; *Tsiafakis* v. *Minister of Manpower and Immigration*; *Bouchard* v. *Les commissaires d'écoles pour la municipalité de Saint-Mathieu-de-Dixville*.

59. On this distinction, see: Harnon, 1962; Ziegel, 1959: 262; "Contempt of Court" in *Halsbury*, 1983, Vol. 9.

principle, "it is a contempt to disobey a judgment or order either to do a specified act within a specified time or to abstain from doing a specified act" (*ibid.*). In other words, contempt may be deployed to repress certain types of disobedience committed *ex facie* (outside the courtroom) (Canada, LRCC, 1977a). For all practical purposes, civil contempt is only aimed at defiance of mandatory orders such as injunctions and a mandamus, and its use where an ordinary judgment has not been complied with is considered merely hypothetical.[60]

When a public authority ignores a judgment, is it possible to bring contempt of court proceedings? This is a complicated question, and there is much to suggest that it is utterly ludicrous for the Crown to be cited for contempt. For reasons related to the scope of the powers of the courts, to the nature of the immunity enjoyed by the Crown, and to the nature itself of the sanction for contempt of court, a conviction of the Crown for contempt of court is unlikely under existing law.

In an historical context, it should be noted initially that the contempt power is inseparable from the prerogatives of the Crown. As Watkins observes, "the courts, as agents of the King, derived their use of the contempt power in such cases from the presumed contempt of the King's authority" (1967: 126; Beale, 1908: 164). In other words, disobeying the courts amounts to disobeying the Sovereign, and this means that contempt is directed towards Her Majesty. By the mechanism of delegation of royal justice, the courts have thus found themselves with the "right to punish disobedience, obstruction or disrespect" (Watkins, 1967: 126). With the Acts of Settlement in the eighteenth century, the role of contempt changed, and the courts henceforth used it to protect their own authority. Yet the courts are still "the King's Courts" and Her Majesty is still the fountain of justice. To find the Crown in contempt, therefore, would seem to be at odds with the very spirit of English public law.

The second problem with contempt for disobedience to an injunction or mandamus flows from the nature of Crown immunity. Because the Crown is protected from these mandatory recourses, it cannot be held in contempt as a sanction for disobeying them.[61] But to the extent that injunctive relief may now lie against the Crown under certain conditions, it is not inconceivable that the Crown be held in contempt of court. A charge of contempt against a Crown agent has already been brought before the Supreme Court.[62] But, in the *Société Asbestos Ltée* case, the Québec Court of Appeal implied that a contempt citation would not lie. Mr. Justice Lajoie observed that [TRANSLATION] "the impossibility of holding the Solicitor General in contempt of court for violation of an injunction does not convince me that this injunction cannot be granted" (p. 350).

---

60. "In general, no one is liable to contempt proceedings and committal for the non-payment of a sum of money" (Watkins, 1967: 136).

61. In Québec, for example, because of section 94.2 of the *Code of Civil Procedure* the Crown is exempt from the application of section 836 of the same Code, which provides for contempt of court in the case of violation of a judgment favourable to an extraordinary remedy. Similarly, it escapes section 761 making any person who violates an injunction guilty of contempt of court.

62. *C.B.C.* v. *Quebec Police Commission*. The dispute had left the impression that the Supreme Court would pronounce itself on the powers of the Québec Police Commission to convict a Crown agent for contempt of court, in this case the C.B.C. It was a classic case of contempt, the corporation having published a photograph of a witness despite the Commission's formal prohibition. In its petition for evocation, the C.B.C. invoked its immunity from charges of contempt of court. Relying on *Conseil des Ports Nationaux* v. *Langelier*, the Québec Court of Appeal rejected this argument. The Supreme Court did not rule on the question, reversing the Court of Appeal decision on the pretext that the Commission was not invested with the power to convict for contempt of court.

To the extent that contempt of court is a means of pressure aimed at extracting the recalcitrant party's compliance with a mandatory judgment, it is thus, if not a direct, at least an indirect means of compulsory execution. Here there is no breach in Crown immunity. It follows that the Crown is not only "immune from all ordinary modes of enforcing a judgment" (*Halsbury*, 1983, Vol. 11: 765), it is also protected from any proceedings serving to compel the exercise of its will in a particular way.

This last point suggests a third and decisive objection. Obviously the very nature of the sanction for contempt of court cannot apply to the Crown. Crown property cannot be sequestrated, nor may the Crown be imprisoned.[63] As for imprisonment, Her Majesty cannot be subjected to any form of criminal charge leading to arrest and imprisonment. Arguably even charging the Crown with contempt should be ruled out. The argument is as follows. The distinction between criminal and civil contempt is artificial (Watkins, 1967: 138; Canada, LRCC, 1977a: 25; Barrie and Lowe, 1973: 370) because the nature of contempt proceedings rapidly transforms them from the civil into the criminal (Berger and Brown, 1965-66). And in principle, the Crown cannot be charged with any criminal offence.[64]

But the Crown's immunity from criminal proceedings is no longer absolute. The Supreme Court recently dismissed the C.B.C.'s argument that as a Crown agent it could not be charged under the *Criminal Code* (*C.B.C.* v. *The Queen*). Applying the principles set out in *Conseil des Ports Nationaux* v. *Langelier*, the court ruled that to benefit from its traditional immunity, the C.B.C. had to use its powers in a way that was compatible with the purposes of its governing statute, something it did not do in broadcasting a film contrary to the requirements of the *Broadcasting Act* and regulations. On the other hand, as the case of *R.* v. *Eldorado Nuclear Ltd. and Uranium Canada Ltd.* demonstrates, observance of statutory purposes has enabled other Crown agents to avoid criminal charges. If the purposes of the statute are drafted in general terms, it becomes even more difficult to claim that these have not been respected. The *C.B.C.* case shows that susceptibility to criminal proceedings exists only in cases of obvious and gross violation.

Although it is now clear that the Crown and its agents may be liable to criminal charges under certain limited conditions, this still does not mean it can be held in contempt of court. Contempt proceedings are unique, in that they confer extraordinary power upon a judge, a power derived from Her Majesty herself. With contempt of court, we are directly confronted with the very basis of the courts' "jurisdiction."

Under existing law, it is highly improbable that contempt of court charges could lie against an administrative service or entity that accedes to the special status of the Crown. While this rule could be changed by the introduction of some distinctions within the concept of the Crown, to do so would raise new problems and curious paradoxes, as the *Eldorado* case clearly shows.[65]

---

63. See particularly: (Québec) *Code of Civil Procedure*, s. 94.2; (Saskatchewan) *The Proceedings Against the Crown Act*, s. 17(2); (Ontario) *Proceedings Against the Crown Act*, s. 18.

64. "The weight of authority suggests that the presumption that the Crown is not bound by legislation is exceedingly difficult to dislodge in the case of a criminal statute" (Canada, LRCC, 1984: 15). See also McNairn, 1977: 87.

65. On these problems, see Canada, LRCC, 1985: 14-5.

On the other hand, it would seem that "the Administration which is not the Crown" could be charged with contempt of court. The conviction of agents and public servants, when they are charged personally, may also be envisaged. However, when these agents are acting in the exercise of their functions, they are often able to invoke either Crown immunity or some special statutory immunity.

(b) *Damages*

Rather than bring contempt proceedings against the Administration, a judgment creditor may opt for an action in damages, a more material form of revenge. Failure to execute a judgment may cause harm. It is not inconceivable that the Administration's bad will or negligence in failing to comply with a judgment constitutes a civil wrong for which there should be compensation. An example might be proceeding with construction work that has been declared illegal. On the other hand, where non-compliance merely results from an omission — and this is more frequent — there is more doubt about the Administration's liability. In the area of execution this phenomenon of omission takes the form of lateness, incomplete performance or pure and simple inertia.[66] Administrative inaction is a complex phenomenon going far beyond the area of execution of judgments.[67] The important point is that there is no clear recognition of the individual's right to force the authorities to act, as the case-law on this subject is still in an embryonic stage (Brown and Lemieux, 1979). The problems are most common with respect to claims for damages, both in common law and civil law.

The common law of "torts" does not easily recognize non-feasance as a tort. Street observes that "[the] English Law is reluctant to hold a person liable for omissions" (1968: 108). Where there is no "duty to act," inaction does not constitute liability in tort.[68] In administrative law, such a duty to act could only arise by statute (Wade, 1982: 665; Hogg, 1971: 99). Absent a statutory duty, an administrative authority remains free to act as it wishes. Here the authors distinguish between "duty" and "power"; failure to exercise jurisdiction or power does not incur liability, at least in principle (Wade, 1982: 662; *contra, City of Kamloops* v. *Nielsen*). The only way to reverse this presumption against liability is to plead a negligent exercise of a power, for example because of excessive delay. Nevertheless, it is hard to make out a case for delay as negligence. In the *East Suffolk Rivers Catchment Board* case, the Administration ("the Board") took 178 days to repair a sea-wall when fourteen would have been reasonable; the effects of a flood which took place in the interim were devastating, but the House of Lords did not consider this administrative slowness to be actionable.

A new and broader theory of public authority negligence does, however, seem to be emerging. In *Dutton*, Lord Denning challenged the traditional power or duty dichotomy by suggesting that an intermediate term, control, could give rise to liability

66. On passive resistance, see *supra*, p. 22.

67. Suffice it to mention non-ratification of a contract, non-application of official regulations, non-operation of a service, non-payment of a benefit, non-payment of a debt (Montané de la Roque, 1950).

68. "In the absence of some existing duty the general principle is that there is no liability for a mere omission to act" (Salmond, 1965: 291).

where there was negligence (p. 391). This important decision was approved by the House of Lords in a similar case (*Anns* v. *Merton London Borough Council*). The negligence in these cases resulted from a positive act, namely an inspection, and not from an omission. Inaction is more easily tied to negligence in the area of discretionary power. For example, in the *Dorset Yacht* case, the Home Office (the Crown) was held liable because it exercised insufficient care with respect to detention measures for young offenders.[69]

Yet one ought not to lose sight of the limited scope of these developments when assessing their relevance to problems of non-compliance. In trying to find remedies for special situations, the courts have remained wedded to the concept of duty, whether express or simply implicit in the statute. It is no help where mere shortcomings of the administrative authority are alleged. Often, the Administration has no precise and imperative duty to act, but merely the possibility of acting. A judgment may well impose a moral obligation on the Administration; but its inaction cannot be likened to the breach of legal duty such as that found in *Dorset Yacht*.

Inspired by common law, English administrative law considers liability resulting from inaction very narrowly. Any change in this situation would require a redefinition of the basis of liability in tort. In the civil law, however, fault may result from a simple omission or from abstention (Baudouin, 1973: 49). While in the past, commentators such as Mignault, who were probably influenced by the common law, argued that omission is only a fault when there is a legal duty to act (1901: 333), contemporary authors prefer to view everything as a question of the circumstances of the case (Baudouin, 1973: 50; Mazeaud and Tunc, 1965: 633; Le Tourneau, 1982: 658). All depends on the situation of the individual at the time of the alleged fault. His conduct is assessed according to the traditional criterion of the careful and diligent person, the prudent administrator, the "ordinary person" (Mazeaud and Tunc, 1965: 634). If harm results because a judgment has not been executed, the courts are free to decide whether the Administration has been diligent in adopting the measures that circumstances dictate. The Administration's duty to act is therefore conditioned by objective elements of fact and law, as well as by more subjective criteria related to its ability to anticipate, its attentiveness, in other words, good administration. In civil law the *bon père de famille* is replaced by the good public administrator, who prudently takes appropriate measures so as to avoid unnecessary harm.

Theoretically, civil law allows financial compensation for all types of damage. Its application to the Crown has certain advantages because, in Québec civil law, the Crown enjoys in principle no special status in the field of liability (subject to special statutory immunities and privileges). The Crown is subject to the *Civil Code* like any individual (see *Code of Civil Procedure*, s. 94). Under English-Canadian law, the individual can hardly hope for other forms of compensation than those provided by

69. While escaping, the convicts took over the plaintiff's boat and damaged it. Even if the organization of prisons was subject to discretionary appreciation, the judges still considered that the latter had been exercised "so carelessly or unreasonably" (p. 1031) that the clear result was an excess of power. By unreasonable negligence in the exercise of their discretionary power, the authorities had done nothing less than violate the intentions of the legislator, by creating a situation similar to the one which would result from the total non-exercise of their discretion. Considering the potential dangers arising from custody of these "dangerous boys," in reality there existed "a duty to take reasonable care that they could not injure the public" (Wade, 1982: 657). The *Dorset Yacht* case remains true to this requirement of a duty, the "duty to care" thus replacing the "statutory duty." This progression is nothing more than the extension of "duty to care" to the public authorities.

common law or the *Crown Liability Act* (which is mainly based on the common law system). It is difficult to invoke equity, because "equitable relief" always involves specific performance where financial compensation is not deemed appropriate.[70] Even if equity may be invoked in defence against the Crown,[71] it is unavailable to a plaintiff in a damage suit and above all, in the case of the Crown, to obtain execution. It is further limited because it does not exist as a parallel remedy where specific rules already exist: "Equity follows the law."[72]

Conclusion to Chapter One

This initial review of real or potential problems in the execution of judgments against the State has focussed on a number of issues. A large part of the federal Administration may claim a special status with respect to judicial control because it accedes to the immunities of the Crown. Not only do these entitle it to special treatment during litigation, but even after judgment it enjoys privileges which shield it from compulsory execution. In a system where judicial review is being so readily lauded, it is striking that administrative law leaves the execution of judgments to the discretion and good will of the Administration. Although Government and administrative bodies are showing more deference to the courts, existing law is nonetheless marked by the absence of any real safeguards for the execution creditor. To summarize, he confronts two major problems:

— There is no clear and specific obligation on the Crown to execute fully judicial decisions.

— Where there is inertia or bad will on the part of public authorities, the execution creditor has only feeble techniques to obtain execution of a judgment in his favour.

In practice these shortcomings draw the execution creditor into a second round of legal proceedings — out-of-court negotiations following judgment. As he has no concrete way of insisting on full execution of his judgment, the Administration may well procrastinate to force him to come to terms. Indeed the greatest danger is incomplete or insufficient execution, resulting from the concessions the execution creditor must make to avoid additional litigation or further delays.

Relations between the State and the citizen should be subject to rules based on law, and not good will and propriety. As part of the clarification and modernization of the legal status of the federal Administration, immunity from execution must be fundamentally reappraised. It must be eliminated where it is not relevant, and subjected to safeguards in favour of the execution creditor in those cases where immunity continues to be warranted.

---

70. "Equity" in *Halsbury*, Vol. 16: 869.

71. In contract law, see *Attorney-General for Trinidad and Tobago* v. *Bourne*. In real estate law, see *Attorney-General to the Prince of Wales* v. *Collom*.

72. "It comes into operation only where the parties are involved in some relation which will give equitable doctrines room and scope." See *Maine and N.B. Elec. Power Co.* v. *Hart*.

CHAPTER TWO
Reappraising Immunity from Execution

To recognize shortcomings in existing law is only a first step. The second is to reappraise immunity from execution in light of other transformations in contemporary law. Even if the need for change is evident, still there is nothing to suggest how this should occur. The principal problems flow from the specific character of public law and the unique nature of the State. Until now, these particularities have been implicitly accepted by the vast majority of jurists, who, moreover, have been reluctant to accept the principle of compulsory execution against the Crown and its agents. For them, accepting compulsory execution amounts to ignoring the special nature of the State, and resurrecting the same set of problems discussed in Working Paper 40 (Canada, LRCC, 1985).

To bolster the case for reform, it is useful both to review proposals by academics, and to examine the experience of other countries. Although somewhat diffuse, there is a current of opinion in favour of modifying the privileged position of the Administration in the area of execution (Section I: *Existence of a Reform Movement*). The existence of this current suggests that theoretical and conceptual problems with compulsory execution against public authorities are often the same in various Western countries. This school of thought also favours a relativistic approach which respects the balance between the execution creditor's legitimate rights and the imperatives of sound administration (Section II: *The Reality of Modern Administration*).

Section I: Existence of a Reform Movement

In several Western countries, renewed interest in the rights and freedoms of the individual has stimulated a far more critical approach to State privileges than in Canada. This interest has generated broad reform movements which in many cases have led to specific changes. Adherents to these movements have clearly gone beyond the issue of relations between the State and the execution creditor, to a general concern for the position of citizens before the courts (small claims, class action, legal aid). But in Canada, as in other common law countries, this trend has not yet brought about a change in Crown privileges and immunities. The experiences of other countries are considered therefore as precedents in any discussion of possible reforms.

I. *Developments in Other Countries*

Reforms dealing with disclosure of administrative documents, protection of confidentiality and giving of reasons for administrative decisions have been widespread throughout the Western world. Yet, according to information at present available, only California and France have reformed rules relating to immunity from execution.[73] In countries sharing the English constitutional tradition, it would be surprising for this problem to be treated in isolation, because it is bound up with the more general issue of Crown privileges and immunities. However, neither California nor France waited for an overall reassessment of sovereign immunity or the theory of *puissance publique* before undertaking or even contemplating changes.

A. The Situation in the United States

Sovereign immunity is a basic tenet of American public law. Recognized during the post-independence years, this principle has been liberally interpreted and broadly defined by the courts and the Congress. Despite legislative reforms that have tempered its rigour, to this day it has remained more or less absolute in scope. Some writers criticize the anachronistic nature of this privilege, given the State's growing commercial activity. Naturally, such criticism is inevitable where liberal economic values run up against an absolutist conception of the State.

1. Survival of Sovereign Immunity

The desire of the American revolutionaries to break with the British constitutional system was not as radical as is often thought. In America, the somewhat nebulous principle of royal sovereignty was simply transposed to the State, with the same consequences as in the motherland. This transfer materialized in "the doctrine of non-suability of the State." American law adopted the premises of common law ("the King cannot be sued without his consent") and made them absolute, all lawsuits being automatically excluded (Carrow, 1960; Street, 1953; Schwartz, 1976: 563).

This somewhat surprising development may be explained by two factors,[74] of which only the first is truly legal. Although the Monarchy had been suppressed, United States courts still concluded that the petition of right, which was the traditional way to claim damages from His Majesty, implied the idea of consent or permission from public authorities.[75] As His Britannic Majesty's successor was none other than the

---

73. Two Australian states, Queensland and New South Wales, should however be given credit for allowing, in 1866 and 1912 respectively, means of compulsory execution against property of the Crown in order to satisfy a judgment, either when the coffers of the Treasurer-Paymaster General were empty, or when no moneys had been allocated by Parliament for that purpose. For other state and federal authorities, immunity remains the rule. See Campbell, 1969: 144; Renfree, 1984: 570.

74. "Why the English theory of sovereign immunity, in origin personal to the King, came to be applied in the United States is one of the mysteries of legal evolution" (Street, 1949a: 342).

75. This is the *concept of consent*; see Borchard, 1924: 4.

legislature (the various elected assemblies on both the local and federal level), the latter's silence could only be construed as a lack of recognition of the State's liability in tort (Jaffe, 1963: 2). For purely pragmatic reasons, politicians at the time were wary of according such consent. This leads to the second factor, which is purely political, for the perpetuation of this ancient immunity, now expressed as: "The State can do no wrong."[76] To protect national sovereignty, private interests could not be permitted to claim any form of pre-eminence over those of the State.[77]

To pre-empt a too liberal interpretation by the Supreme Court of individual legal rights *vis-à-vis* the State, in 1798 the eleventh amendment was enacted. This withdrew from the courts the power to allow lawsuits in common law or equity against any of the United States (Guthrie, 1908; Tribe, 1978: 129). In this way, sovereign immunity was crystallized and became "a natural principle" of public law.[78] Courts in the nineteenth century freely referred to necessity (see Mr. Justice Gray in *Briggs* v. *Life Boats*), wisdom, inconvenience (Pound, 1944) and general interest in support of the principle.[79] By the end of the century, the justification had evolved from necessity to a theory of legal positivism. In 1907, Mr. Justice Holmes declared the State to be sheltered from all lawsuits, not by virtue of some obsolete theory based on the Monarchy but for logical reasons, as no individual could have rights against the lawmaking authority (*Kawananakoa* v. *Polyblank*; *The Western Maid*). Other judges simply invoked the public interest, stating that they preferred to see isolated individuals suffer than to see hardship imposed on the public (Laferrière, 1963: 22)!

These arguments have helped to make sovereign immunity a watertight principle. American law does not even allow the petition of right.[80] In light of subsequent developments it is significant that immunity from execution has become intimately linked with immunity from any form of liability in tort. Indeed, the two immunities have the same origin, the former being merely the extension of the latter.

With no judicial remedy analogous to the petition of right, special legislation was the only way for an individual to obtain compensation. Harm could only be repaired by a private Bill of Congress, something which depended on a purely discretionary

---

76. Hamilton affirmed that "[t]he contracts between a nation and individuals are only binding on the conscience of the sovereign, and have no pretensions to a compulsive force. They confer no right of action, independent of the sovereign will" (1917: 126).

77. In reality, the decisive factor was far more prosaic. Heavily in debt because of the War of Independence, the States above all did not want their creditors to be able to compel repayment (Laferrière, 1963: 13).

78. Watkins, 1927: 194. This author notes that "the doctrine of immunity originated as a physical fact, [and] was accepted and applied without attempts at justification" (p. 197).

79. In an 1882 case, *U.S.* v. *Lee*, the Supreme Court declared:

> That maxim is not limited to a monarchy, but is of equal force in a republic. In the one, as in the other, it is essential to the common defence and general welfare that the sovereign should not, without its consent, be dispossessed by judicial process of forts, arsenals, military posts, and ships of war, necessary to guard the national existence against insurrection and invasion; of custom-houses and revenue cutters, employed in the collection of the revenue; or of light-houses and light ships, established for the security of commerce with foreign nations and among the different parts of the country .... The principle is fundamental, applies to every sovereign power, and, but for the protection which it affords, the government would be unable to perform the various duties for which it was created.

80. "Not only the petition of right but, I would suppose, some of the ground covered by *monstrans de droit*, traverse and bills in the Exchequer and Chancery become unavailable" (Jaffe, 1963: 19). Similarly, see Goodnow, 1905: 387.

assessment of the validity of the complaint and on solid political support from congressmen (Gellhorn and Lauer, 1955; Holtzoff, 1942; Shumate, 1942). In this way a very uncertain system of compensation developed, with the courts relying on "the good faith of the United States" (Stewart, 1979: 816) to ensure payment of legislated awards. The system had many practical defects, because the growing stream of applications for compensation led Congress to depend exclusively on specialized commissions too easily influenced by favouritism (Luce, 1932; Field, 1946). As early as 1855, measures were taken to correct this situation, notably through the creation of a specialized tribunal.[81]

In response to growing problems in the twentieth century, a major reform, the *Federal Tort Claims Act*,[82] was introduced in 1946. It made the "Federal District Courts" courts of first instance to hear tort claims against the Government, with an appeal to the "Court of Claims" and the Supreme Court (Klee, 1983: 7; James, 1955). Despite its significance, the statute still left intact the principle of immunity in tort. For claims falling outside the Act, Congress alone retains the authority to award compensation (Davis, 1970: 403; Gellhorn and Lauer, 1955: 4). "Purely out of concern for fairness," Congress continues to judge whether or not public funds should be used to satisfy private claims. Even if the *Federal Tort Claims Act* seemed to represent significant progress, the principle of immunity did survive in many areas of administrative action. This continues to be the case despite further amendments in 1966 and 1974 (Stoutamire, 1980; Scott, 1978). Today, for example, the statute contains no less than thirteen exceptions to its scheme of liability (Klee, 1983: 15).

The point to retain from this discussion is that American law has had considerable difficulty abandoning the theory of sovereign immunity. Although some State legislatures have enacted schemes of liability in tort roughly modelled on rules of private law,[83] numerous exceptions still help to ensure the survival of sovereign immunity. In fields other than tort, the rule of absolute immunity remains unscathed. Absent a statute explicitly authorizing compulsory execution against State, county or municipal property, immunity remains the rule.[84] In addition, courts have endorsed the

---

81. In this way, the "Court of Claims," a federal institution, was created in 1855. Though not a full-fledged court, it still had the responsibility to study claims for compensation and to submit a report to Congress (Crane, 1920; Richardson, 1882). The commissions of Congress still retained the power to rule on the admissibility of claims. In 1863, the *Tucker Act* transformed the Court of Claims into a genuine tribunal, subject to the concurrent jurisdiction of the "Federal District Courts" and a right of appeal to the Supreme Court for sums greater than $3,000. However, this tribunal only had jurisdiction in disputes arising from contracts, with tort actions to be presented directly to Congress. Civil liability remained a congressional prerogative. Far from proceeding exclusively by private bill in order to settle disputes on an *ad hoc* basis, Congress introduced some partial exceptions to the general principle of non-liability of the State (Gellhorn and Schenck, 1947). For example, special schemes were enacted between 1900 and 1946 in the fields of patents, oyster farming and marine matters. However, these exceptions were shown to be plainly insufficient.

82. It is Title IV of the *Legislative Reorganization Act*. For more on this, see particularly Steadman *et al.*, 1983: 243.

83. In 1976, only twelve States had agreed to introduce a legislative reform in this area. It can safely be stated that immunity remains the rule and liability the exception. See Schwartz, 1976: 568.

84. Under American law, the State cannot be compelled to perform a specific act. "Suits for specific relief" are inadmissible under the *Federal Tort Claims Act* and the *Tucker Act*: "No specific relief in the absence of statute" (Steadman *et al.*, 1983: 137). This immunity is based on the rule that "the sovereign cannot be subject to any burden originating in the courts — the courts cannot direct the sovereign" (*id.*: 250). In the case of inaction by the authorities, quite often the only alternative for the individual is a suit in damages. See Warner, 1967: 818.

view that "a statute authorizing an action against the State is not to be extended to authorize a seizure of property to satisfy a judgment recovered in such action."[85] Execution or, more generally, satisfaction of judgments depends exclusively on the good will of Congress or State legislatures which are the only organs that can authorize disbursement of funds.[86] For courts to authorize the seizure of public domain property, which is deemed "'out of commerce' and not subject to seizure and sale for satisfaction of judgments" (Patrick III, 1977: 983), remains unthinkable. Qualification of State assets as being in the public interest thereby reinforces the principle of immunity from execution.

The principle of sovereign immunity remains the real basis of immunity from execution, so much so that it cannot be properly understood and evaluated without reference to its historical development. Law reform, even in California, bears the weight of this tradition.

2. The California Reform

The situation in California is very similar to that at the federal level. A statutory scheme of State liability, the *California Tort Claims Act*,[87] was enacted in 1963. Previously, the liability regime comprised a mix of common law and special statutory rules. Prior to this statute, the courts took the lead and innovated considerably (the *Muskopf* and *Lipman* cases[88]).

Since 1963, State liability is derived solely from statute. In the absence of express provisions creating liability, the rule of immunity continues to operate in favour of the Administration; common law rules cannot constitute an alternative source of liability. Fortunately for potential plaintiffs, there are fewer grey areas than elsewhere in the United States, and this statute is often described as "the most comprehensive statutory scheme of governmental liability in the United States" (Klee, 1983: 33). However, immunity still remains the rule in the exercise of discretionary power, as well as in legislative and regulatory matters. Failure to enforce statutes or to proceed with an inspection falls within these exceptions.

As elsewhere, immunity from execution also remains the rule, even if the rules of liability have evolved considerably. Although the *Government Code* provides some rules for payment of a judgment against the State,[89] there is still no way of compelling execution by the State.[90] In principle, "the property of the state is exempt from execution except in those rare instances where a state expressly provides otherwise"

---

85. 30 *Am. Jur.* 2d, Executions, s. 195.

86. "Since 1977, Congress by statute has provided for the appropriation of whatever funds are necessary to pay all final judgments rendered against the government" (Stewart, 1979: 818).

87. These have become sections 810 and 996.6 of the *Government Code*. On this special scheme, see Nelson and Avnaim, 1974; Chotiner, 1968.

88. Fearful of the consequences of this new precedent, the authorities responded in 1961 with a moratorium (*Moratorium Act of 1961*) which was a prelude to the important 1963 reform.

89. Ss. 912.8, 920 to 920.8, 925 to 926.8, 935.6, 955.5, 965 to 965.4.

90. "The ordinary remedies of a judgment creditor under the *Code of Civil Procedure* are seldom resorted to and are not an effective means to collect a judgment against a public entity" (California, 1980: 1262).

(California, 1980: 1262). The only exception to this principle is at the "local" level (for example, towns and counties, school districts): property that is not used for the public interest is subject to execution process. This shows a concern with adapting execution remedies to the nature of administrative activities.

In its 1980 report, the California Law Revision Commission proposed several important reforms to "the enforcement of claims and judgments against public entities" (*id.*: 1261). The report noted that execution remedies provided by the California Code of Civil Procedure are not available "to collect a judgment against a public entity" (*id.*: 1262). In California, as elsewhere in the United States, the "property of the state is exempt from execution" (*ibid.*), and this may create situations which are harmful to the individual. In the absence of any right to execution, even for monetary condemnations, the individual must negotiate with the administrative entity in question. The latter may set up budgetary imperatives to defer payment. Everything is left to the good will of public authorities, who may ultimately decline to take any positive action that might entail expenses not foreseen in annual budgets.

To give execution creditors a meaningful right to enforce a judgment rendered in their favour, the California Law Revision Commission proposed that all State authorities, whether local or central, be required to pay a money judgment. On the local level, it proposed that the recalcitrant authority be eventually compellable by writ of mandamus (*id.*: 1263). On the State level, however, such a scheme would not work if the finance direction determined that no budget credit was available, for only the legislature can authorize new budget credits. The payment procedure is relatively complicated; the State Board of Control remits money after obtaining a certificate from the finance director attesting that funds are available to satisfy the judgment.

The reforms proposed by the California Law Revision Commission went no further. Indeed, in the chapter on compulsory execution it recommended that "it should be expressly provided by statute that execution and other remedies ordinarily used to enforce a judgment are not available to enforce a money judgment against a public entity" (*id.*: 1262). This is the general rule, no matter how property belonging to public authorities is used. This recommendation takes into account the special nature of State functions, and the fact that previous experience shows that the "levy of execution on public property has not been an effective method of enforcing a judgment against a public entity" (*id.*: 1266). For example, subsection 12.10(c) of the Louisiana Constitution specifies that "[t]he Legislature ... shall provide for the effect of a judgment, but no public property or public funds shall be subject to seizure" (Patrick III, 1977: 985).

The changes proposed in California are really quite disappointing. Their principal weakness is that they only contemplate money judgments, and do not propose an overhaul of immunity from execution generally. They also leave in limbo problems that arise when authorities refuse to respect a mandatory judgment. We have already seen in such circumstances that common law remedies, such as the injunction and mandamus, are only of limited effectiveness.[91] American authors consider the current situation to be "a capricious system," a source of arbitrariness and inequality (Patrick III, 1977: 990). They continue to call either for outright abolition of the principle of sovereign immunity (*ibid.*; Zale, 1973), or at least for better safeguards (Stewart, 1979: 845; Ripple, 1971). The gap between its absolute scope and the real dimension of State

91. See *supra*, p. 32. For American law, see particularly Brill, 1983.

activities is currently too broad. If the State enlarges its realm of commercial activities, egalitarian demands aimed at making business dealings more secure are inevitable.[92]

Therefore, the immunity in principle enjoyed by public authorities in common law systems is under attack (Lloyd, 1949). With respect to liability in tort as well as compulsory execution, this immunity has withstood many reforms. Consequently, it is necessary to verify whether "the other system," that of the Continental tradition, has developed other solutions to these problems.

B. The French Reform of 1980

With Law No. 80-539 of July 16, 1980, "*relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public*,"[93] France has considerably modified the immunity that was previously enjoyed by the Administration.[94] Critics have been quick to hail this victory over another [TRANSLATION] "bastion of Administration privilege" (Linotte, 1981) which has put an end [TRANSLATION] "to the scandal ... resulting from non-execution or delayed execution of courts' decisions by the Administration."[95] Unlike the French civil judge, who has the power to impose damages or to issue an injunction against the Administration (Le Berre, 1979), administrative judges had never arrogated such power to themselves, which is surprising considering their boldness in many other areas. The obstacle seems to have been the principle of separation between administrative courts and administrative action, a feature of the law which contributed to the creation of the Conseil d'État — passage from retained justice to delegated justice (Chevallier, 1970). Administrative judges are not allowed to "act as administrators" by means of injunction or other mandatory remedies (Chevallier, 1972); nor can they directly usurp the Administration by exercising a "reformatory power" similar to that existing in German law.[96] Their self-restraint, an invitation to administrative misconduct, made legislative reform necessary, and this finally came to pass in 1980. Under somewhat different circumstances, legislation to introduce *astreinte* was also enacted in the Belgian (1980) and Dutch (1978) systems. However, in these latter countries the judges themselves undertook to extend its application to public authorities (Moreau-Margreve, 1982: 75).

---

92. On this point, there is growing criticism in fields that do not fall within public law, such as private international law, commercial law and business law. These attacks may be more forceful because they are not tempered by the same inhibitions with respect to the phenomenon of the "State."

93. *A.J.D.A.* 1980, 504; *J.C.P.* 1980.3.50161.

94. See *supra*, p. 19. For further comments on the phenomenon of non-execution see Weil, 1965: 254.

95. Tercinet, 1981: 3. See also Distel, 1980; Baraduc-Bénabent, 1981; Bon, 1981.

96. [TRANSLATION] "At the end of the trial, a German pleader whose case is well founded is sure to succeed. The administrative judge has a power of injunction and, in the case of restricted competence, he may change the impugned administrative decision or impose his own where the Administration has remained silent" (Fromont, 1984: 62). See also Eisenberg, 1959. Under Italian law, the administrative judge has a similar power, because he can replace the administrative authority with a *commissaria ad acta* who is entitled to act in the place of a recalcitrant Administration.

1. *Astreinte* in Administrative Law

The relatively large number of refusals to execute judgments (Braibant, 1961; Lefas, 1958), as well as the absence of remedies similar to the mandamus or injunction as it exists in English law (Gaudemet, 1977: 814), help to explain the vigour of the French reform. To give the administrative judge a mechanism to compel the Administration to act, private law techniques were simply extended to administrative law. By allowing *astreinte* against public authorities, the legislator plainly overrode the principle of immunity from execution. *Astreinte* is an effective stimulus to execution, although it is important to note that it is an unusual remedy in that it attempts to reconcile the freedom of the recalcitrant debtor with the need for effective means of pressure.[97]

(a) *The Unorthodox Character of* Astreinte

Astreinte is considered to be an inherent power of the courts. The judge is said to possess both *jurisdictio* (power to state the law) and *imperium* (power to coerce) (Burki, 1979: 40; Esmein, 1903). *Astreinte*, by which a recalcitrant debtor is subjected to a provisional monetary sanction as an inducement to perform an obligation,[98] is particularly appropriate in the case of obligations to act or to abstain from acting. The legal nature of *astreinte* is quite subtile. It is neither an injunction nor an award of damages (Fréjaville, 1951; Raynaud, 1964), and has been characterized in the following translations: "means of pressure" (Baraduc-Bénabent, 1981: 95; Fréjaville, 1951), a "judicial sanction" (Tercinet, 1981: 7; Boré, 1966), a "private penalty" (Kayser, 1953: 244), an "immediate threat" (Savatier, 1951: 37), a "warning" (Fréjaville, 1949: 2-3), a "process of constraint" (Burki, 1979: 40; Savatier, 1951: 40), "a blow" (Moreau-Margreve, 1982: 12). *Astreinte* is not an order to act in a given way, as this is the preserve of injunctive relief. *Astreinte* is a civil sanction (not a fine) that imposes a monetary penalty for failure to respect a judgment.[99] In this way, [TRANSLATION] "it appears as a penalty and as an arbitrary measure of indirect compulsion, expressly conceived to be different from a means of execution" (Le Berre, 1979: 15). This distinction is particularly important, because in France also compulsory execution does

---

97. During the *travaux préparatoires* of the Belgian law of 1980, the "autonomous nature" of *astreinte* was used to create [TRANSLATION] "an original means of coercion" (Moreau-Margreve, 1982: 41).

98. Fréjaville, 1949. The power to pronounce *astreinte* was officially accorded to the judicial judge by Law No. 72-625 of July 5, 1972, which adopted the principles set out by the *Cour de Cassation*.

99. [TRANSLATION] "*Astreinte* consists of a monetary condemnation which is necessary to a principal condemnation and conditional upon the inexecution or late execution of the latter. It is said to be definitive when the court irrevocably establishes the amount; it is said to be provisional when, on the contrary, the fact of non-execution has been officially communicated. The procedure is effective because it brings pressure to bear on the debtor who executes the principal decision in order to avoid a monetary condemnation" (Massé, 1984: 661).

not lie against public entities,[100] including industrial and commercial public services.[101] If *astreinte* is not a genuine execution remedy, it may consequently seem ineffective in challenging the general immunity from execution enjoyed by the entire French Administration. Its nature is unique, because it does not involve direct material constraint which, as in the case of seizure, can only be imposed by public powers. It can be available in administrative law without the State's losing its immunity from direct execution. But to the extent that *astreinte*'s function is to compel execution by indirect means, it nevertheless overcomes the hurdle of State immunity. By its nature and its purpose, it is a completely novel form of compulsory execution.

Astreinte is an attractive remedy because it reconciles the need to accord the judge a means of coercion against the Administration while at the same time allowing the latter to enjoy its traditional autonomy. Incidentally, it is this spirit of reconciliation which best characterizes the institution in private law. Indeed, [TRANSLATION] "this method, which consists in requiring the debtor of an eventual judgment to remit a sum of money if he refuses to honour his debt, does not threaten his physical or moral integrity as would be the case with forced execution *manu militari*" (Massé, 1984: 687).

Respect for the debtor's integrity is of particular significance when the latter is none other than the State! In France, [TRANSLATION] "[t]he mechanism of *astreinte* gives the debtor the choice between speedy execution of an obligation and payment of a large sum of money, one which is out of all proportion to the harm which results from non-execution" (Tercinet, 1981: 7). Clearly it is a [TRANSLATION] "private penalty" (Fréjaville, 1949: 1) which in no way prevents a subsequent or cumulative award of damages.[102] As Tercinet points out, it leaves the Administration to draw its own conclusions from censure by the courts, and does not [TRANSLATION] "dictate any specific administrative conduct" (1981: 7). This respect for administrative autonomy is no small matter, for although the Administration is bound to follow the law, it must also have a minimal degree of freedom in deciding how to do so. This concept of indirect constraint is what makes the French reform so interesting.

(b) *Conditions of Application*

The July 16, 1980 statute, like other French legislation, was drafted laconically. Section 2 provides that *astreinte* may be pronounced [TRANSLATION] "in the case of non-execution of a decision rendered by an administrative tribunal."[103] The

100. [TRANSLATION] "[P]roperty of the administration, public funds and corporal property are exempt from seizure" (de Laubadère, 1980: 515); Jacquignon, 1958. See also Vedel and Delvolvé who note that [TRANSLATION] "there are no private means of execution against the Administration" (1982: 724). Even if several authors affirm categorically the existence of this immunity, Delvolvé still stresses [TRANSLATION] "its uncertain basis and the vagueness of its scope" (1983-84: 129). Concerning its scope, see also Amselek, 1986.

101. Tercinet, 1981: 5. It should, however, be noted that recent case-law allows execution process against industrial and commercial public institutions under certain conditions (Delvolvé, 1983-84: 131; Gaudemet, 1984: 565-9).

102. [TRANSLATION] "*Astreinte* may be added to damages. If *astreinte* itself becomes damages, combination is impossible" (Fréjaville, 1951). See also Baraduc-Bénabent, 1981: 99.

103. See *supra*, note 93.

administrative judge is left to determine what constitutes [TRANSLATION] "non-execution of a decision," and may have reference to a threshold beyond which non-execution is considered manifest.[104] Unfortunately, section 2 does not explicitly take account of situations of partial or defective execution (Baraduc-Bénabent, 1981: 97). It remains for the courts to determine whether these possibilities constitute non-execution. It is important to note that the Conseil d'État is the sole authority to pronounce *astreinte* (section 2).

Section 3 provides that a declaration of *astreinte* may be definitive or provisional. It is definitive when the monetary sanction established by the judge is not subject to any subsequent revision, and is simply prorated to the damages that were actually suffered (Rassat, 1967). This drastic approach is imposed where it is sufficiently clear to the judge that non-execution is due to bad faith or gross negligence. The debtor is in no position to invoke extenuating circumstances. No reduction is possible, and every subsequent day of delay is charged at the "full rate" in calculating the sum that the debtor ultimately must pay. In the case of provisional *astreinte*, the judge reserves the right to revise his order in light of external factors which may influence execution, as well as the debtor's conduct. In principle, *astreinte* is provisional and is only ordered for a limited time period (Fréjaville, 1949: 3). *Astreinte* is measured in periods of time (days, weeks, months) which may be renewed. The judge has complete freedom to set the day which constitutes the departure point.[105] The rate charged is usually quite high in order to penalize the debtor heavily. Section 5 authorizes the Conseil d'État to credit any revenue from *astreinte* either to the petitioner or, in whole or in part, to local communities or groups via a special fund.

Although *astreinte* is a formidable coercive measure against public funds, the reputation of the French Administration is so poor that even other safeguards were legislated. The system of *astreinte* was strengthened [TRANSLATION] "by the introduction of a personal financial liability of the public servant responsible for non-execution," this liability to be imposed by the Budgetary and Financial Disciplinary Court (section 7) (Tercinet, 1981: 10; Bon, 1981: 45). In addition, where money judgments were not executed, it was originally planned to allow the judge a power to

---

104. After having been seized of roughly fifty applications for *astreinte*, and still having to rule on the admissibility of an identical number of similar motions, the Conseil d'État gradually developed its position on this subject. For a declaration of *astreinte* to be allowed, it seems that three conditions must exist: (1) the scope of the judgment whose non-execution is alleged must be defined unambiguously; (2) the refusal to comply must be manifested and prolonged; (3) execution of the judgment should not cause more problems for public order than would result from non-execution. See specifically C.E. May 17, 1985, "*M^me^ Menneret*," *A.J.D.A.* 1985, 454 and 399 (chr. S. Hubac and J.-E. Schoettl); Pauti, 1985; D.1985.J.537 (Note J.-M. Auby). A general review of this case-law shows that the judge rejects petitions considered to be premature, above all when the Administration has already initiated execution. Some delay is therefore necessary, and the individual must turn it to his account by summoning (by letter or bailiff's service) the Administration to proceed with execution.

105. In the *M^me^ Menneret* case, *supra*, note 104, the Conseil d'État ordered *astreinte* to come into effect after a two-month delay period which began when the Administration received notification of the Conseil's decision. In so acting, it allowed the authorities concerned time to take the necessary steps to reach an amicable settlement. The effectiveness of *astreinte* ultimately is to be found in its dissuasive aspect.

order allocation of the necessary funds.[106] However, this was considered too revolutionary, because it encroached upon the principle of separation of powers, and was dropped during the legislative debates in favour of the existing section 1, which requires the public accountant to pay automatically. Funds must be allotted during the four months following notification of the decision, failing which the public accountant must do so on his own initiative. This innovation bears some similarity to English law, where the Minister or budget director of some states and provinces must automatically pay a money judgment.[107] This is, moreover, a feature of the California reform.[108]

In general, French commentators welcomed the reform, considering it to represent substantial progress.[109] However, some critics deplore the fact that these new mechanisms require the execution creditor to return to court to get an *astreinte* order (Distel, 1980: 73). Yet the same would be true if mechanisms of private law were admissible against the Administration. Whatever the solution, where there is non-execution, additional action by the individual is inevitable. In the search for reform, could the same be achieved in Canada through a mechanism similar or comparable to *astreinte*?

2. Evaluation of *Astreinte* in the Reform of Canadian Law

Although the French reform does more than introduce *astreinte* to administrative law, the technique is certainly the centrepiece of this statutory scheme. In the study of possible Canadian reforms to immunity from execution, *astreinte* deserves close scrutiny because it was conceived as a solution to analogous problems. First, however, it is necessary to assess whether *astreinte* already exists in Canadian law in some form or another.

(a) *Absence of a Principle of* Astreinte *in Canadian Law*

Because *astreinte* is part of French law, it might be thought that this remedy also exists in Québec civil law. However, it is completely unknown to Québec law. Although Québec has preserved the civil law tradition, the Superior Court, created in 1849, is vested with the powers accorded in England to the "Court of King's Bench," and as such deploys contempt of court (Lemieux, 1981: 18) to repress acts or conduct that might discredit its authority. However, they could quite easily have made use of a civil mechanism such as *astreinte*, because several French execution recourses also appear in Québec law.[110] At the time the Québec *Civil Code* and *Code of Civil Procedure* were

---

106. [TRANSLATION] "Enforceable court decisions that have become *res judicata* and that condemn the State, a community or a public institution to pay a sum of money are equivalent to an order to pay the amounts in question.

The creditor obtains payment of these sums simply by presenting the treasury accountant with a copy of the decision in enforceable form." [Draft statute]

107. Subsection 24(4) of the *Proceedings Against the Crown Act* of Alberta. See also the Saskatchewan (s. 19(4)) and New Brunswick (s. 17(3)) statutes.

108. See *supra*, p. 50.

109. Vedel, Addendum to the seventh edition of *Droit administratif*, 1980: 107. See also Bon, 1981: 50.

110. For elements of comparison, see Vincent and Guinchard, 1981: 735 ff.

drafted, the French civil judges had only begun to assert the right to pronounce *astreinte*. Since there were many objections to this praetorian creation in the legal literature of the time (Le Berre, 1979: 15), it is not surprising that *astreinte* never crossed the Atlantic; besides, Québec judges already disposed of the formidable weapon of contempt of court. Moreover, although section 46 of the *Code of Civil Procedure* is drafted very broadly and gives judges "all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction" it is unlikely that *astreinte* could now be ordered in Québec. Section 46 suggests that the Québec judge has considerable freedom in imposing his authority. Probably owing to judicial self-restraint, the courts have held that these powers are only complementary powers necessary for the performance of a principal act (*Association of Food Merchants of Montreal* v. *L'association des détaillants en alimentation du Québec*; *C.T.C.U.M.* v. *Syndicat du Transport de Montréal*). The cases confirm that [TRANSLATION] "this provision's only purpose is to facilitate the exercise of a right by a proceeding that is not incompatible with the rules of the Code, and not to authorize the courts to create any special remedy" (*Vermette* v. *Daigneault*). Such an interpretation is hardly conducive to judge-made remedies.[111]

(b) *Comparison with Contempt of Court Proceedings*

Given the absence of *astreinte* in Canada, it is instructive to compare it with the mechanism that takes its place. French jurists have already observed that *astreinte* plays the same role in French law as contempt of court does in English law (Linotte, 1981; Tercinet, 1981: 10).[112] In both cases, a recalcitrant judgment debtor is forced to respect a judgment under the threat of a severe financial penalty, and, in the case of contempt of court, the possibility of imprisonment. In both cases, the debtor must personally comply with the judgment; execution process does not issue, either against him or against a third person. This explains why in Québec and the rest of Canada contempt of court principally sanctions mandatory judgments such as injunctions. Of course *astreinte* and contempt of court can still be deployed to ensure respect of any judgment which precisely states the obligations of the judgment debtor.

In civil proceedings the two remedies have practical similarities in that they use financial constraint to reprimand non-compliance with judicial orders. However, contempt of court has a more general scope. It can be used to repress any conduct likely to interfere with the judicial system or the authority of a court.[113] By comparison, *astreinte* can be sought only in the case of a failure to execute a judgment. After all, it was created specifically for this purpose. Taking the analysis a step further, one can see differences in the nature of the sanction imposed. *Astreinte* is essentially a monetary penalty that the judge may order in civil proceedings. Although commentators have frequently reasserted the existence of civil contempt, contempt of court is above all

111. In a fairly recent case, the Québec Superior Court refused to innovate using section 46 of the *Code of Civil Procedure* order to repress a case of violation of *res judicata*, specifically an interlocutory injunction (*Commonwealth Plywood Cie Ltée* c. *Conseil Central des Laurentides*).

112. On this point, we have our doubts that French and Canadian law can be reconciled based on a comparison between *astreinte* and injunction, as is suggested by Massé, 1984: 660.

113. On the distinction between contempt *in facie* and *ex facie*, see Popovici, 1977: 47.

criminal in nature as it may lead to imprisonment. This latter dimension of contempt of court has been noted by the Law Reform Commission of Canada, which favours its "criminalization."[114]

Consequently, although their purposes are similar, *astreinte* and contempt of court are quite different. Contempt of court is by nature repressive and accusatory, with criminal law overtones, whereas *astreinte* is one of a range of execution recourses, although it does have a special status. Contempt of court is retrospective, because it is intended as a definitive sanction for an accomplished fact, while *astreinte* is prospective, because essentially it contemplates performance of an act. Here a money judgment is subordinated to some principal obligation. Unlike the peremptory and definitive nature of contempt, *astreinte* is more orientated towards a specific end. Fundamentally, it is a pressure tactic to obtain real compliance with a judgment. As a means of financial pressure, it therefore has no real counterpart in English-speaking countries.

As a civil remedy for failure to execute judgments, *astreinte* deserves serious study. In 1949, Street noted that "this measure [the author referred to it as a 'pecuniary judgment'] seems to be the most progressive yet adopted for the enforcement of judgments against this government, and the adoption of a similar rule in the British Commonwealth merits careful consideration" (1949: 44). In the contemplation of new solutions, *astreinte* should be the subject of more detailed examination, specifically from the standpoint of the issue of civil versus criminal sanctions. We return to this theme in Section II: II. *Recognizing a Right to Execution*.

II. *Academic Commentary*

Under English law, sovereign immunity from execution has rarely raised much critical interest. Some deem this further evidence that no problem exists. Harlow does not agree, and considers that "the English are distressingly inclined to feel that problems which are not discussed do not exist." On the contrary, "this problem does exist and needs discussion in order to alert public opinion to its existence" (1976: 133). This author's efforts do not compensate for such prolonged silence, and only infrequently and indirectly — for example, in general comments on Crown privileges and immunities — has there been any perceptible reaction. Even if the Crown's privileged status were to come under general attack, it is hardly possible to find any real desire for change with respect to execution against the Crown.

---

114. Canada, LRCC, 1982: 43 and 21. Even if the Law Reform Commission of Canada agrees that civil contempts remain appropriate where a judicial authority is impeached, it nevertheless recognizes the preponderance of criminal law in contempt of court matters. With the tabling of Bill C-19 in February 1984, the Commission's recommendations have been largely adopted by the authorities, because the new section 116 of the *Criminal Code* would provide that disobedience of "a lawful order" made by a court would be an indictable offence or one punishable by summary conviction (sections 131.1 to 131.22 of the Bill reflect the importance accorded to criminal procedure). If the new Government eventually intends to follow up on it, this legislative reform may be the culmination of an evolution that has already been apparent for some time.

Taking an overall view in the light of comments from throughout the Commonwealth, the United States and France, some major points do stand out. The basic problems are the same everywhere. There is general criticism, to differing degrees, of immunity from execution, all with a view to enhancing protection for the individual. Few commentators believe or hope that the courts can correct this situation on their own.[115] Legislative reform is the generally preferred solution.[116]

Proposals for reform often favour monetary sanctions. For example, Harlow considers that English law has ignored the possibilities provided by traditional damage suits, adding that "French law shows that damages in administrative law have the double purpose of compensation and sanction" (1976: 133). Indeed, French authors have proposed [TRANSLATION] "introducing liability of the *puissance publique* as a convenient means of ensuring the effectiveness of judgments to quash" (Josse, 1953; Braibant, 1961: 64). American writers make similar observations. Stewart has attempted to deduce a remedy in damages from the general formulation of the fifth amendment to the Constitution, which states that private property may not "be taken for public use without just compensation" (1979: 824). She goes even further in stating that this constitutional renunciation of sovereign immunity logically implies allowing the courts a power of compulsory execution: "The fifth amendment compels the conclusion that the same courts which are commanded to state the results of its protection be empowered to enforce those results" (*id.*: 825). American judges, however, do not see things the same way. Faithful to the English public law tradition, they require clear and express abrogation of sovereign privileges by appropriate legislative bodies.

The prospect of monetary sanctions or damage judgments has aroused critical interest. The result is no surprise. Virtually everywhere, jurists are trying to reconcile existing immunities with the need to provide the courts with effective sanctions. Few have supported an unreserved use of means of compulsory execution against the State or against public organizations.[117] Rather, the general tendency has been to promote mechanisms that can compel and punish the authorities yet without suppressing privileges which seem indispensable, in light of the special nature of administrative action. Respect for existing immunity is often implicit in nature. Many reformers venture no comment whatsoever on the very relevance of immunity from execution. Its continuation appears self-evident, and this only begs the question. It is as if the weight of historical tradition and particularly powerful psychological obstacles render inappropriate the very idea of a critical reappraisal. Irrational factors may well play a role in reforming the legal status of the Administration (Canada, LRCC, 1985: 26-7), making recourse to an approach that is directly based on contemporary reality inevitable.

---

115. This was particularly the case in France, where some commentators invited the Conseil d'État to accord itself the power to pronounce *astreinte*. On this point, see Chevallier, who notes that [TRANSLATION] "legislative intervention does not seem to be indispensible: it would be enough for an administrative judge ... to improve the scope of his review" (1972: 89).

116. In this respect, it is worth noting that the insistence of French legal literature in denouncing the few isolated cases of non-execution helped contribute to a major reform.

117. [TRANSLATION] "There is no reason to justify the immunity from seizure of property which is used by a public body or corporation in the normal course of executing its mission. On the contrary, the threat of seizure may have a beneficial effect by disciplining careless or negligent administrators; it is, moreover, a measure of equity for creditors and there is no reason to frustrate them" (Garant and Leclerc, 1979: 521).

Section II: The Reality of Modern Administration

The above review shows that reform is possible. Other countries have faced identical problems and have endeavoured to resolve them. With the exception of two Australian states to which reference has already been made (see *supra*, note 73), no foreign reform actually permits compulsory execution against State authorities.[118] Even in the Netherlands, where the State has no immunity, [TRANSLATION] "some property has been judged to be essentially too public in nature to be subject to means of execution of ordinary law" (Paques, 1983: 434). Generally, the possibilities of coercion by the courts are only indirect in nature, with immunity remaining the rule. As the latter's strengths and weaknesses have not been directly evaluated, our study cannot lose sight of this fundamental point. The real question is, therefore, whether private law rules of compulsory execution should apply to the federal Administration as a whole, or whether they should be adapted to the special nature of administrative action.

I. *The Problem Defined*

Although it may seem to impeach the dignity of the State, subjecting the federal Administration to ordinary execution process must at least be discussed. Of course, there is considerable resistance to the idea of compulsory execution against public authorities (Paques, 1983: 434). Is it not "going against nature" to allow the seizure or sequestration of State property?[119] And yet this is the view of one school of thought in administrative law which is no longer convinced of the special nature of the Administration. Nevertheless, the radicalism of this solution is no more than the inevitable counterpart of existing immunity. The excessive rigidity of both approaches ignores the intrinsic pluralism of the modern Administration. The varied nature of

---

118. This strict principle has been somewhat eased in some systems. For example, in Italy a distinction in the *Civil Code* has been made between "domain" (*demanio*) and "estate" (*patrimonio*) with respect to State, provincial and communal property. Although the domain remains inalienable and not subject to seizure, the estate is divided into "unavailable estate" and "available estate." The unavailable estate consists of property that cannot be subject because of its location (dams, bridges, roads, public buildings and so forth), therefore remaining exempt from seizure. On the other hand, the available estate, such as State income (interest, rents, duties) may be subject to compulsory execution. There is a similar distinction in German law. The German Federal Republic *Code of Civil Procedure* distinguishes between "administrative estate" and "financial estate" (the famous "Fiskus" theory from ancient law). In the latter case, it must be clear that the State does not act as the public power in participating in legal relationships of private law (*allegemeiner Rechtsverkehr*). Although the first category encompasses property that is essential to the fulfilment of public service missions, the second is made up of property administered to generate revenue. The federal authorities enjoy total immunity, while the *Länder* remain subject to compulsory execution. Such a distinction in English law only applies to local authorities (municipalities and school commissions, for example) using the traditional public/private domain dichotomy.

119. [TRANSLATION] "It remains unthinkable to subject the public Administration to the general scheme of compulsory execution process with respect to certain items, because of the principle of inalienability of public domain property that is used on behalf of the collectivity. Because the latter is the real owner of State property, the public interest and the proper operation of essential services cannot be sacrificed in order to satisfy the interests of a single individual" (Garant, 1985a: 968).

administrative action dictates a differential approach, one that can best reconcile the extension of individual rights and liberties with the untroubled operation of public services.

A. Pitfalls of the Egalitarian Approach

Although scholarly comment on the subject is still somewhat amorphous, the egalitarian approach reflects the Administration's evolution over the last several decades. In Western countries, this period has been characterized by the involvement of the State in what are traditionally private sector activities. At the same time, the special nature of administrative action has been far more relative than in the past. Under existing law, positing a rigid distinction among human activities based on whether their objective is public or private would be no simple matter. Few activities intrinsically belong to either the public or the private sector. Because the deck has been reshuffled and old distinctions made more relative, the application of private law rules to public authorities deserves consideration.

In American law, Ripple (1971) took this approach in his critique of the theory of "sovereign immunity"[120] by which, prior to 1976, foreign States enjoyed complete immunity from execution. The development of international trade was hardly compatible with such immunity because the American law enabled foreign Governments to avoid their commercial obligations. The result was injustice and a lack of protection for many American businessmen. He concluded that "the principle seems no less sound that when a sovereign takes the character of a private citizen, its commercial obligations should be enforceable in the courts of the United States."[121]

Although this approach does not require that the entire domestic Administration be subject to rules of private law, it still breaks with tradition in contemplating an egalitarian system for activities similar to those of the private sector. It is hardly surprising to find claims to equal protection when the State is involved in industrial or commercial activities. And this is only one step away from a purely "egalitarian" approach to all administrative action. Deprived of its attributes as the Crown or the *puissance publique*, the Administration is reduced to the status of an ordinary debtor. As early as 1949, dealing with the specific case of execution of judgments, Street favoured the application of private law to the State (1949: 47). In 1936, in a minority report by a Canadian Bar Association committee, it was suggested that "the most obvious way of facilitating the enforcement of judgments against the Crown is to allow execution against the Crown."[122] Not only was this generalization not accepted, it was

---

120. On this concept, see *supra*, p. 46.

121. Ripple, 1971: 382. In support of this position, he refers to the reasoning followed by the Supreme Court in 1984 in *Bank of United States* v. *Planter's Bank of Georgia*:

> It is, we think, a sound principle, that when a Government becomes a partner in any trading company, it divests itself, so far as concerns the transactions of that company, of its sovereign character, and takes that of a private citizen. Instead of communicating to the company its privileges and its prerogatives, it descends to a level with those with whom it associates itself, and takes the character which belongs to its associates, and to the business which is to be transacted.

122. Report of the Committee on Provincial Legislation and Law Reform, 1936 (referred to by Street, 1949: 41).

bluntly rejected in the drafting of the *Crown Proceedings Acts* (see *supra*, notes 4 and 5). According to Street, "it may be that some assets employed in connection with the exercise of less important government functions could be liable to execution without undue prejudice to the public interest" (1949: 42). The possibility of direct compulsory execution against Administration property, even if only partial, is certainly thinkable. Even in France, where the myth of *puissance publique* might be presumed insurmountable, Tercinet has considered that bad faith on the part of the Administration [TRANSLATION] "can only really be overcome by allowing execution process against public bodies."[123]

This egalitarian approach takes a confusing form in Canadian case-law. Compulsory execution has been permitted against entities which cannot claim the status of Crown agent, or, despite the recognition of this status, cannot for other reasons claim one of the privileges normally granted to the Crown.[124] A correct application of the law in determining the legal status of the entity in question often leads to surprising results. If the "egalitarian" approach were to be adopted, property vital to the collectivity would be subject to seizure, as an astonishing precedent dealing with hospitals indicates. While the common law associates hospitals with the public interest, the immunity from compulsory execution enjoyed by such institutions is not absolute. The Supreme Court decided as much in the *Westeel-Rosco* case when it granted judgment in a mechanics' lien action. Because the hospital's board of directors was not a Crown agent, Their Lordships agreed that a lien may give rise to a claim to the hospital's holdback money, although Mr. Justice Ritchie added that "any sale of the hospital property in the present case 'would be clearly contrary to the public interest and should not be permitted'" (p. 245). He concluded that "the ultimate recourse for

---

123. 1981: 13. For industrial and commercial public institutions, some problems in applying the law of July 16, 1980 motivate Delvolvé to admit [TRANSLATION] "the need to allow common law execution process to be used against them under the same terms as against private individuals" (1983-84: 134). The French judicial judge shares this point of view, as is shown in a recent case in which compulsory execution by garnishment was allowed against funds held by the State railway: Paris C.A., July 11, 1984; S.N.C.F.C. *Groupement régional des A.S.S.E.D.I.C. de la région parisienne*," *D.* 1985, 174.

124. An action based on the unconstitutionality of a statute may eventually provide an argument in favour of allowing execution process of Crown privileges and immunities obviously depends on its validity. In *B.C. Power Ltd.* v. *Attorney General of British Columbia*, the Supreme Court authorized appointment of a receiver to administer the assets of a private company, the B.C. Electric Company. The effect of this measure was to influence the monetary interests of the Crown, because the latter claimed to have rights to the shares and assets of the company following a nationalization process. As the principal dispute concerned the constitutionality of the nationalization laws, the receivership order thus appeared as a provisional measure applicable to all parties to the dispute, including the Crown. However, in light of these facts, immunity from execution does not really appear to have been threatened for two reasons: (1) the receivership order was not aimed at property belonging directly to the Crown, but in reality at private property on which the latter claimed to have rights; (2) relying on the unconstitutionality of a statute in order to overcome immunity from execution is, at the very least, a rather difficult approach whose applicability is limited. The *Amax Potash* case is a good example. While awaiting a decision on the constitutional validity of a taxation statute, an application aimed at obtaining a provisional preservation order directed specifically at the Government of Saskatchewan was dismissed. Had there been a favourable response, the court was afraid this would amount to a ruling on the merits of the principal dispute!

Recent case-law of the Supreme Court may favour the advent of restrictive solutions with respect to immunity from execution. Relying on the *Eldorado* case, it may be that Crown agents are unable to invoke immunity from execution when they commit illegal acts or fail to act within the framework of statutory objectives. All of this still remains hypothetical, as the *Eldorado* case, in which the concept of legality was interpreted very liberally, clearly shows.

the enforcement of the mechanics' lien is recovery from the proceeds of the sale of the property" (*ibid.*). By allowing satisfaction of a lien from the hospital's holdback money or by recourse to judicial sale, the judgment clearly recognizes the principle of compulsory execution against an institution of this type without, however, accepting all of its implications, notably seizure. In this way, obstacles created by the "public interest" have been reduced but in a way that seems to ignore its real significance. Normally institutions (such as hospitals), whose functions are eminently social in nature, should be sheltered from compulsory execution. The Manitoba Court of Appeal took such a view in declaring in *Re Shields and City of Winnipeg* that the City of Winnipeg's streets and sidewalks could not be subject to any mechanics' lien, invoking "the public interest" and "the paramount right of the public."

In any case, *Westeel-Rosco* confirms a line of authority which seems to give insufficient consideration to the public interest in property held in the public domain. Several recent cases follow this approach. In 1981, the Québec Court of Appeal agreed that a schoolhouse belonging to a school commission could be charged with a supplier's privilege or lien:

> Under present conditions when public bodies are engaging more and more in matters which were considered to be in the private and commercial domain, the tendency appears to be to restrict rather than extend immunities of the Crown and the public domain. (*Alain Lavoie Ltée* c. *Léo Lisi Ltée* 297)

To see an analogy between education and commercial or industrial activities is astonishing, unless schools are viewed as educational supermarkets![125] A recent case dealing with the Gatineau Hospital is even more surprising (*West Island Plomberie et Chauffage Ltée* c. *Volcano Inc.*). Not only was the supplier's lien on the hospital allowed to stand, it was also held that the exemption from seizure provided by article 1980 of the *Civil Code* was not available.[126]

When these cases are compared with other decisions on the same topic, inconsistencies in current law are revealed. That is, despite deploying the same methodology for determining the status of Crown agents, courts sometimes afford entities engaged in Crown business complete immunity, as in the case of *Saskatchewan Government Insurance Office*. These inconsistencies result because existing law mainly relies on formal criteria, rather than substantive standards grounded in a functional characteristic of administrative action.

The desire for stricter control over Crown privilege has not had particularly happy results. There is a danger in such an egalitarian tendency, which does not take into account administrative action whose object or purpose lies beyond the realm of private law (see Canada, LRCC, 1985: 59). In the interests of realism, some consideration of the nature of administrative action is clearly required.

---

125. There is no point in blaming the court because the *Education Act* hardly left any other alternatives.

126. The judge did not directly rule on [TRANSLATION] "whether this body is a Crown agent" in order to reach this result. He confined himself to noting that for construction work it was not subject to Government control, so much so that it acted as a simple "ordinary corporation" becoming thereby subject to rules of private law. By a literal analysis of enactments, Crown agents may thereby lose some traditional immunities without the judge giving any special consideration to the purpose of their mission. This interpretation seems too narrow, because it takes no account of the public interest associated with hospital property, something which is essential to the public.

B. Characterizing Administrative Action

The above review suggests that some administrative action may well be exposed to execution process without the public interest being affected. When the State operates gas stations and casinos, is involved in mineral prospecting, undertakes the sale of alcoholic beverages and organizes lotteries, it would seem safe to characterize these generally as commercial and industrial activities of an administrative nature. However, it is not easy to identify where the public or private interest begins and ends.[127] Nevertheless, problems in locating this frontier are no reason to dismiss an approach which isolates administrative activities of an industrial or commercial nature. This frontier is best marked, not by invoking traditional organic and formal classifications, but by applying a functional standard: the purpose of administrative action.

1. A Purposive Distinction

As a general rule, a purposive distinction between commercial and public services has not found favour with either courts or legislatures — the formers' attitude being ultimately conditioned by the latters' incoherence. The prevailing distinction, between the "Administration associated wholly or partially with the Crown" and the "Administration which is not the Crown," has a purely institutional context, one that follows its own logic and that pays little or no heed to the purposes of administrative action. From an historical standpoint, these control criteria have managed to replace purposive criteria in the identification of Crown agents.[128]

There have been some signs of change, however. The recent *Act to amend the Financial Administration Act in relation to Crown Corporations* has introduced purposive distinctions which take into account the nature of administrative activities. As already pointed out in Working Paper 40 (Canada, LRCC, 1985: 54), there is now a recognized distinction between industrial and commercial activities ("Crown corporations") and purely administrative activities ("departmental corporations"). The public/private distinction is also well entrenched in local Government law (Hutchins and Kenniff, 1971), suggesting a possible alternative to the current scheme.

A dual system exists in the local Government law of several American States. There, property in the private domain may be subject to compulsory execution if no

---

127. [TRANSLATION] "If we do not immediately see why the State may continue to enjoy the privilege [immunity from compulsory execution] when it is involved in the activities of an individual, it is still clear that the line separating it from the public interest, which was once limited to the classic prerogatives of the State, has slipped in our time so as to include assistance to businesses and sometimes commercial competition" (Paques, 1983: 435).

128. For an analysis of this evolution, see specifically Garant and Leclerc, 1979: 493. As the authors show, the failure of the "functional standard" results from growing divergence between the appreciation of the judge and the purely political choices of the legislator: [TRANSLATION] "[The functional standard] is hard to reconcile with the fact that the legislator has intentionally qualified some institutions as Crown agents that are analogous to those to whom the courts have precisely refused this qualification" (*id.*: 498). This impasse may only be provisional, to the extent that the so-called "control" standard meets with equally decisive failure for not taking into account the nature of administrative activities.

public purpose can be demonstrated.[129] Unfortunately, recent developments show that this distinction is being gradually dropped in favour of a total immunity for all property, irrespective of its real purpose (see *supra*, p. 50, the example of California). In Canada, the principle of "dual domain" also has been adopted in municipal law (Hutchins and Kenniff, 1971). Yet this distinction should not be overstated. Not only does it not apply to State property (Brière, 1969: 340; Dussault, 1974: 467), it is evident that it is not incongruent with the distinction between "purely administrative" and profit-oriented activities. Everything has its own logic, the former being more concerned with the domain and the realm of property. Despite these differences, the theory of dual domain is a helpful referent in arguing for a distinction based on the purposes of administrative activities.

Even more important in the recognition of a functional distinction is the Canadian Parliament's enactment of the *State Immunity Act*. Section 5 of this Act states very simply that:

> A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceeding that relates to any commercial activity of the foreign state.

As Turp notes, this statute [TRANSLATION] "meets the requirements of the contemporary business world" (1982-83: 176). With the expansion of State commercial activities on the international scene, maintenance of State immunity would be unfair to private individuals dealing with various State authorities. Throughout the world, it is [TRANSLATION] "these new imperatives which have guided national legislators towards solutions that tend to restrain sovereign immunity in the area of their commercial activities and to confine it to its original scope, namely genuine acts of the public power" (*ibid.*). In Canada, as in Great Britain[130] and the United States,[131] property of foreign States that is involved in commercial activities no longer enjoys immunity from execution (*State Immunity Act*, s. 11(1)). Such a growing dichotomy between acts of *imperium* and managerial-type acts carried out for profit might usefully be applied in public domestic law between purely administrative activities and industrial and commercial activities.

Still preoccupied with whether the immunity of foreign States is relative or absolute, English-Canadian case-law has not really accepted a purposive distinction in

---

129. In Louisiana, for example, prior to the 1960 constitutional amendment, "the courts distinguished property owned by local entities as falling into either the public or private domain as determined by the use of the property" (Patrick III, 1977: 983). This purposive conception had the effect of making immunity from execution relative. "Since it was serving no public purpose, private domain property was often deemed subject to seizure and sale to satisfy the debts of the local government entity" (*ibid.*). On the other hand, the public domain was exempt from compulsory execution. For example "waterworks, courthouses, jails, taxes and school grounds were not subject to seizure since these were dedicated to public use" (*ibid.*).

130. *State Immunity Act 1978* (U.K.). See Delaume, 1979.

131. The United States *Foreign Sovereign Immunities Act* of 1976. On this point see von Mehren, 1978.

domestic law.[132] A recent decision of the Court of Appeal once again sets Québec apart from the general trend (*Sparling* c. *Caisse de dépôt et placement du Québec*). It adopts, for the purposes of domestic law, the theory of relative immunity that now reigns in international law.[133] Mr. Justice Tyndale indicates that: "There exists a theory to the effect that when the Sovereign puts aside his crown, so to speak, and descends to compete in the market place, his special rights, prerogatives and immunities remain with the crown and he becomes an ordinary subject of the law like his competitors" (p. 169). He adds that "[t]he doctrine has usually been applied to foreign sovereigns in international cases and not to the Sovereign or the Crown within the state" (*ibid.*). Nevertheless, he concludes (p. 170) that "the doctrine of relative or restrictive sovereign immunity, according to the weight of authority, [the Court of Appeal cites its own precedent[134] and some authors] is now part of our domestic public law. One of the reasons for the adoption of such relativity [*jure imperii* versus *jure gestionis*] was the expansion of the activities of foreign government agencies and their entry into the commercial field."[135]

Whatever its future in domestic law, the distinction between the public and the commercial is becoming more and more accepted internationally. Canada no longer enjoys immunity from execution in its commercial activities with its trading partners, Great Britain and the United States. Foreign States that have signed a reciprocity treaty are bound by the same system in Canadian territory. Given the widespread acceptance of this distinction, its transposition to domestic law seems inevitable. For reasons of coherence and simplicity, it would appear to be the solution of the future. Canadian courts would then be able to apply the same rules to State commercial activities, whether these are within an international or purely domestic context. A solution of this type is inevitable, because commercial activities have expanded to such an extent that their confinement to one State alone is at the very least illusory. And this is particularly applicable to Canada: the intensity of its commercial relations with the United States, Japan and the European Economic Community can only encourage such a uniform and coherent system.

---

132. *La République démocratique du Congo* v. *Venne* remains marked by Mr. Justice Laskin's strong dissent in favour of relative immunity. See also: *Ferranti-Packard Ltd.* v. *Cushman Rentals Ltd.*; *Corriveau* v. *Republic of Cuba*. The *Eldorado* case may even be interpreted as a rejection of relative immunity. There, Mr. Justice Dickson observes that:

> The more active government becomes in activities that had once been considered the preserve of private persons, the less easy it is to understand why the Crown need be, or ought to be, in a position different from the subject. This Court is not, however, entitled to question the basic concept of Crown immunity, for Parliament has unequivocally adopted the premise that the Crown is *prima facie* immune. The Court must give effect to the statutory direction that the Crown is not bound unless it is "mentioned or referred to" in the enactment.
>
> Without referring to the principle of immunity, the Ontario Court of Appeal has already denied the C.B.C. the right to avail itself of its position as Crown agent on the grounds that the case concerned commercial activities (*Baton Broadcasting Ltd.* v. *C.B.C.*).

133. The Québec Court of Appeal was the first to reject the theory of absolute immunity for foreign States, deeming it to be [TRANSLATION] "outmoded and unacceptable" (*La République démocratique du Congo* v. *Venne* 827 (Q.B.)).

134. *La République démocratique du Congo* v. *Venne*; *Zodiak International Products Inc.* c. *Polish People's Republic*.

135. He adds: "In my view, such reasons apply with equal or greater force to the principle of Crown immunity within Canada, and I would adopt the implication of this Court in *Zodiac* and give it as my opinion that the Crown is not immune from legislation under Section 16 if its agent is acting *jure gestionis* rather than *jure imperii*" (p. 170).

For these reasons, *we propose that federal authorities, especially the Government and the Administration, no longer enjoy any immunity from execution for their industrial and commercial activities. As for administrative activities that are closer to the traditional conception of* jure imperii (benefit-granting function, planning function, regulatory function, police and control function, and so forth), *immunity should remain the rule in order to protect the public interest* (Garant and Leclerc, 1979: 496). Although a distinction between administrative and commercial functions is relatively easy to conceptualize, it is necessary to propose some criteria for making its application.

2. Criteria for Distinguishing the Public from the Commercial

Assuming a system which draws such distinctions, nevertheless it would be incorrect to assume that some activities intrinsically fall within the realm of State (public) actions, while others belong to the private (commercial) sector. This mistaken assumption, and its concomitant, the "theory of public service by nature" (Vedel and Delvolvé, 1982: 134) have caused major problems in French administrative law. Points where the private and public sector overlap are both subtle and complex. Be that as it may, this overlapping does not impede a better rationale of law and administrative activities. Far from being a monolith, the State has many dimensions (Friedmann, 1971). Some administrative activities are oriented principally towards profit or industrial objectives, while others lie within the traditional framework of public service objectives. Therefore, rather than attempt to ascertain whether a particular activity normally is undertaken by the public or private sector, it is preferable to identify its industrial or commercial nature on more functional grounds.

On this point, the *State Immunity Act* does not provide any helpful definition. It defines "commercial activity" as "any particular transaction, act or conduct or any regular course of conduct that by reason of its nature is of a commercial character" (section 2). Clearly, Parliament has preferred to let courts, who have played an active role in attempting to confine the scope of immunity to extracommercial activities (*acta gestionis* versus *acta imperii*),[136] develop the distinctions. The courts should continue to play a major role in systematizing and clarifying the meaning of industrial and commercial State activities. Moreover, there is probably no single criterion in this area for identifying and classifying such activities. Possible indicators include the following.

— *Legislative intent*: This traditional technique can help identify the nature of the duties assigned to the Administration. Some caution is in order, because Parliament often uses expressions that ring of the general interest to cover State activity based principally on the profit motive. The *Petro-Canada Act* is a good example.

— *Search for profit*: Is the State involved in an activity dominated by financial considerations? Does it obtain financial gain through mechanisms that are similar or comparable to those of the private sector? This is the capitalist function of the State, with purpose or objective (a teleological criterion) being the test.

---

136. On the controversy marking the introduction of this distinction, see Kos-Rabcewicz-Zubkowski, 1974; Simmonds, 1965.

— *Performance of commercial transactions*: Normally, industrial or commercial services are involved in commercial transactions on a large scale. This is an important indicator serving to identify activity which is not purely administrative.

— *The purpose of the activities*: Do the activities in question represent a service to the community or are they simply a manifestation of the State's own "private interests"? Although the postal service is involved in commercial operations and the search for profit, it cannot be listed among commercial and industrial activities because it is a service to the community that the State seeks to make more profitable for reasons of sound administration. On the other hand, the marketing of fish by public firms, or the operation of a lottery system, might not initially appear to be services rendered to the community.

This distinction between administrative and commercial is not a panacea, and no doubt some problems of interpretation will arise. But given existing law, and the evolution of the modern world, it is the best solution possible, one that is far and away superior to traditional classifications based on whether the entity has the legal status of the Crown. Just as the trier of fact must determine whether an entity is a Crown agent, he should also be allowed to rule on the commercial and industrial activities of the administration. Only such a distinction can properly contend with the contemporary State in all of its dimensions. This distinction will be particularly helpful in the development of a scheme of immunities better suited to the genuine nature of administrative activities. In Working Paper 40, the Commission implied that private law might eventually apply to the Administration, if the context were favourable. That is, once the court has determined that a dispute is of an industrial or commercial nature, there should be nothing to prevent the application of ordinary execution process to the federal Administration.

II. *Recognizing a Right to Execution*

A major part of the problem of immunity from execution is solved simply by the classification of administrative activities in the manner suggested. For industrial and commercial activities the Administration will, in principle, be subject to execution process. On the other hand, for purely administrative activities the problem is unresolved. Not only would recognition of a right to execution hardly seem compatible with the nature and purpose of so-called general interest activities, it might also ignore the fact that such activities are generally governed by special rules of public law. In both their function and their general scheme, these rules are somewhat removed from the "normal" realm of private law. This special situation favours development of a distinct set of rules.

Even though the operations of the Administration are essentially matters of public law, we must cease to rely solely on public interest arguments to exclude change. Individuals are entitled to tangible means of ensuring that hard-earned rights are recognized. The problem then is forcing the Administration to respect *res judicata* while not at the same time coercing it with normal means of compulsory execution. Some new solutions are required if we are to resolve this dilemma.

A. Potential Solutions

Negligence and bad faith on the part of the Administration can only be answered with pressure tactics, whether these be direct or indirect. In the Administration's case, its privileges, its special status, the weight of tradition, not to mention the inhibitions of jurists, can easily lead to more indirect means. Of course, this is the traditional perspective of public law. Concepts such as the "Crown" (Great Britain and Canada), "sovereign immunity" (United States) or *puissance publique* (France) seem to exclude automatically any direct constraint. Unlike in German law (see Eisenberg, 1959), however, the general principles of our public law do not permit the courts to usurp the Administration by decreeing the fulfilment of an administrative act or the performance of certain works. But these principles do not prevent a judge from making an order against an administrative authority,[137] subject to any privileges that the latter may be able to set up. The scope for coercion of public authorities is, therefore, much broader than is generally imagined.

1. Indirect Means

Coercive means include injunctive relief, judicial orders, monetary sanctions and the imposition of penalties. Out of consideration for the Administration's sensitivity, courtesy may dictate mere incitement or indirect pressure. A narrow construction of existing law ("no person may give orders to Her Majesty") may also lead to favouring such forms of recourse. Mechanisms of this type to promote respect of *res judicata* do exist.

The mildest form of indirect pressure is undoubtedly public reporting of cases of failure to comply with judgments. As part of an analysis of various conciliation techniques Harlow has examined the French use of "Reporting Commissions" (1976: 128). Prior to the 1980 reform, the relatively large number of cases of non-compliance had already pushed French authorities to resort to stronger safeguards. In 1963, a *Commission du Rapport* was set up to make an annual report of cases of inexecution on behalf of the Conseil d'État.[138] This straightforward technique consisted in drawing public attention to cases of non-compliance, to stimulate criticism of the Administration. However, the public was generally unaware of this mechanism, and its effectiveness was debatable (de Baecque, 1982-83: 183); it failed to generate sufficient fear among a recalcitrant administration. Within the Canadian context, such a "blacklist" would also be of limited value since it would not give a legally executory remedy. Moreover, instances of blatant non-execution are so infrequent that publication of such a list would

137. As we have seen, an injunction directed against a Crown agent is henceforth admissible under certain conditions. See *supra*, p. 36.

138. Même, 1968; Vedel and Delvolvé, 1982: 728. Pursuant to Decree No. 85-90 of January 24, 1985 (J.D., January 25, 1985, 1043), this commission has become the sixth section of the Conseil d'État under the title [TRANSLATION] "Report and Study Section." Its functions are the preparation of an annual report, the conduct of specialized studies and the settling of problems with execution. This change in status confirms the importance of the work carried out by the old commission. As Costa (1985) notes: [TRANSLATION] "These three functions ... constitute, for the Conseil, a new activity, one that is original and modern because it is adapted to problems of operation, and of dysfunctions, of an increasingly complex administration."

not *a priori* seem to be particularly useful. However, the impact of a reporting system could be significant, on the lines of the censure of the Administration by the Auditor General before Parliament. The French Reporting Commission did, in fact, play a very positive role by accepting numerous applications for clarification or intervention from the public and even the Administration itself. Many problems were resolved in this way, without the dispute moving into the forum of public debate (*id.*: 184). Moreover, the concept of an independent arbiter suggests other possibilities.

Thus, one might wish to assign the task of reprimanding administrators who refuse to comply with judicial orders to an independent administrative body. An "Ombudsman"-type solution comes to mind. At first glance, the approach seems attractive. The Ombudsman reports on situations where individuals have been wronged by administrative action. His mandate extends beyond purely legal questions, and includes authority to consider more informally any wrongful or unreasonable acts, something which is often difficult to control through the courts. Quite positively, Garant describes this control mechanism as [TRANSLATION] "an advice for the lovelorn column dealing with the often tense marital problems of the Administration-Individual couple" (1985: 553). There may, therefore, be a greater role for the Ombudsman in cases of non-compliance. Under existing law, it is a problem that the courts cannot readily resolve. In Great Britain, "several cases of failure to implement judgments of administrative tribunals have already been referred to him [the Parliamentary commissioner]" (Harlow, 1976: 132). In France, the law of December 24, 1976 empowers the *Médiateur* [TRANSLATION] "to request that the entity in question execute a final court decision" (Vedel and Delvolvé, 1982: 728). But where the Administration refuses, the *Médiateur* can only respond by preparing a "special report"!

Even if the general experience with Ombudsmen has been encouraging, it is nevertheless an uncertain solution to the problems addressed by this study. Why should a reform in the area of execution be contingent upon creation of this new institution? Reassessment of immunity from execution should remain an autonomous process, and ought not to depend on other complementary reforms. In addition, is it really possible to use the Ombudsman to promote tangible guarantees in the area of execution? In light of foreign and Canadian experience, the relevance of this type of control seems questionable. The Ombudsman has neither jurisdictional authority nor a direct material power to compel the Administration. As Wade notes, "he is in no sense a court of appeal and he cannot alter or reverse any government decision. His effectiveness derives entirely from his power to focus public and parliamentary attention upon a citizen's grievances" (1982: 74). The Ombudsman proceeds essentially by recommendations; these cannot be executed (Garant, 1985: 542). It is difficult to imagine how he can resolve a problem that requires a form of direct constraint in order to force action or abstention. Furthermore, should not such a power to compel the Administration, because of its scope and nature, rest with the courts? If the issue is defiance of judicial orders, should not the courts be given effective remedial powers?

Another conceivable indirect method might be to impose a regime of personal liability for public servants and administrators. Out of pride, stubbornness, bad faith, malice or self-interest, a State functionary may defy a judgment or distort its effects by incomplete or incorrect execution. His attitude may cause harm which is actionable in tort. However, to grant liability there must be genuine gross negligence, because some cases may result simply from ignorance or carelessness about judicial decisions whose meaning and scope may have seemed incomprehensible. Although there are few cases on this subject, English and Canadian courts have long permitted recourse to tort

actions against individual administrators.[139] Indeed, "there is thus a tort which has been called misfeasance in public office, and which includes malicious abuse of powers, deliberate maladministration, and perhaps also other unlawful acts causing injury" (Wade, 1982: 669). Of course the classic case is *Roncarelli* v. *Duplessis*, where a liquor licence was cancelled for illegal grounds, bad faith and abuse of power. A similar result could be expected where an administrator's bad faith in refusing to execute a judgment can be established. The personal liability of administrators is often thought to be effective in ensuring a minimum of respect for the law and in guaranteeing a satisfactory level of competence among public servants (Linden, 1973: 162).

Yet this type of recourse cannot be the basis of a satisfactory model. The grounds of liability alone are a minefield strewn with the countless immunities that benefit federal public servants as individuals.[140] Moreover, proving wrongful behaviour in an administrative context leads to additional problems, because the administrator's conduct may well have been dictated by management imperatives and the exercise of administrative discretion. Furthermore, it is difficult to envisage the personal liability of Crown agents, given that existing immunity reduces their duty of care to a low level. Nor is the effectiveness of personal liability at all clear, because such a remedy does not result in execution of the judgment but simply payment of monetary compensation, something we can presume would hardly be equivalent to the doing of an act or the abstaining from doing an act for the individual. Again, since civil servants are not deep-pocket defendants, no satisfactory compensation can be guaranteed. As for its appropriateness, widespread recourse to such a remedy would create the impression that execution is merely a function of the personal will of those concerned, whereas in reality their attitude is largely conditioned by external factors such as budgetary rules. Equally, an approach based on personal liability ignores how the Administration operates. Any important decision involves the participation and agreement of various levels of the bureaucracy, making individualization of liability highly doubtful. Given the complex web of services and departments, it is preferable to seek a more direct means of compulsion whose target is the Administration itself.

2. Direct Means

Even though the wholesale application of execution remedies to the federal Administration must be ruled out, other recourses remain open. A variety of sanctions may be deployed to coerce public authorities. But since compulsory execution depends on compulsion, the use of these sanctions must have a principled justification.

(a) *Legitimacy of Compulsion*

Initially one confronts theoretical problems. Is indirect coercion less coercive than compulsory execution? Eventually, a refusal to allow normal execution process will lead to indirect acceptance of the principle. Yet concepts of constraint and coercion

139. For English law, see particularly McBride, 1979: 324. For the Canadian context see Ouellette, 1975.

140. See Pépin and Ouellette 1982: 521. These immunities have been listed by Dyke and Mockle in *Inventaire général des privilèges et immunités de la Couronne et de l'Administration fédérales contenus dans les lois fédérales*, LRCC, internal document, 1983.

may vary considerably. Sanction, fine and imprisonment are coercive remedies that are not part of the traditional panoply of execution remedies. Clearly, there are two quite distinct concepts of compulsion. Direct compulsion exists to bring performance of a specific act. Punitive compulsion, within the context of an omission, provides civil or penal sanctions for non-performance of an act or non-respect of a duty. Direct compulsion differs from punitive compulsion, whose basis is repression. Their underlying principles are not the same, the latter having a repressive function, the former mandatory purposes.

If remedies such as injunctive relief, seizure, and execution by the court constitute varying forms of active or mandatory compulsion, civil or penal sanctions are more closely associated with punitive compulsion. Contempt of court proceedings belong to the latter category because they sanction an attitude or an omission that impeaches the authority of a court. These sanctions have a certain attraction because they allow indirectly what cannot be obtained directly. Even if the main purpose of any sanction is above all repression, civil and penal sanctions still have a dissuasive aspect. It would, therefore, be wrong to conceive of them too statically, as little more than the imposition of a penalty. The concept of sanctions may play an active role without undermining the fundamental principles that prevent direct compulsion of the Administration. Sanctions arrive principally after the fact, and because of their scope they go beyond the mere performance of an act. From the standpoint of execution of judgments against the Administration, they are of special interest, in light of the problems that would result from total abolition of immunity from execution.

In principle, it is possible to make the entire federal Administration subject to sanctions, thereby further attenuating the residual areas of immunity from execution. An additional advantage of this solution is that it does not overturn fundamental principles which govern the powers of the courts (see *supra*, p. 13), and would therefore appear to respect the Administration's autonomy.

(b) *Penal or Civil Sanction?*

If this kind of compulsion is accepted, questions remain as to what type of sanction is appropriate. Reprehensible conduct may be sanctioned in many ways. Among judicial sanctions, there is a choice to be made between criminal or civil measures.

Traditionally, the Administration, the Government and the Crown are not subject to criminal proceedings. As Chitty once pointed out, Her Majesty cannot charge herself, any more than she can be subject to an arrest warrant or imprisonment (1820: 374). We have already seen that this rule is not absolute, since Crown agents are now subject to criminal charges if the acts committed are not part of their duties (see *supra*, p. 41). Conceiving that refusal to execute a judgment could be a criminal offence offers a new perspective.

This type of offence already exists in the form of contempt of court proceedings, which have an accusatory dimension that is principally criminal in nature (see *supra*, p. 39). Bill C-19, tabled in the spring of 1984, treated this sanction as a criminal offence. In the first chapter of this work, however, we ruled out the idea of using contempt of court proceedings against the Crown. Failing a radical change in the constitutional status of the courts and the Crown, it is hard to imagine Her Majesty

being in contempt of herself under existing law. It would probably be unconstitutional, and require a fundamental revision of the basics of Canadian public law. Because of its parameters, this study cannot consider such profound modifications.

Even if contempt proceedings were permitted, their very nature would generate new problems. Created to deal with cases of "contempt in procedure," contempt is directed above all at individuals, because it relies on physical restraint. Even if such means were eventually applicable to corporate entities (company personnel, for example), this type of coercion is not adapted to the special context of public authorities.

Refusal to execute a judgment might also be enacted as an ordinary criminal offence. However, this course of action should also be rejected. Criminalization would not reflect the real nature of the problem. Since in administrative law cases of refusal to execute arise in civil proceedings or in administrative proceedings (administrative tribunals), the appropriate sanction for such problems should be civil in nature. A simple technique, in the form of a collateral proceeding, would be required.

Consequently, our approach should be towards a basically civil sanction. But between ordinary means of compulsory execution and contempt of court, is there a compromise solution that respects both the special nature of the State and the need for tangible safeguards for the individual? It is here that the French institution of *astreinte* is attractive.[141] By subjecting the Administration to financial sanctions for non-compliance with a judgment, the judge would be respecting both the authorities' freedom of decision making and the integrity of State property. In return, such a mechanism would offer the individual an effective recourse which the Administration could not long resist. It is therefore appropriate to conceive of a new technique that would also be based on financial pressure.

B. Strategies for Reform

Fundamentally, the proposed reform would be based on reconciling the various interests involved. On the one hand, an overly absolute recognition of the superiority of the interests of the State over those of the individual would be abusive; on the other, it would be going too far to claim that all rights must be vested in the individual. As we have already suggested, immunity from execution must be maintained in the case of purely administrative activities. Generally, the latter consist of essential services which cannot be disrupted to satisfy the interests of a single individual. Its theoretical underpinning is no longer a form of State positivism (the State, the State-in-itself), but rather the interests of the community. Conversely, the individual is entitled to execution of a judgment, even where the debtor is the State.

1. The Search for Effective Execution Remedies

Effective execution does not necessarily imply resort to direct force. It is simply a matter of encouraging full compliance with judgments. It should not be forgotten that the whole issue of non-execution is a complicated one. The Administration has subtle

141. See *supra*, p. 52.

means available to it in order to avoid the effects of a judgment. Rather than adopt repressive measures that would deal with all possible forms of non-compliance, it would be preferable first to establish a legal obligation upon the Government and the entire federal Administration to respect judgments rendered. Similarly, some boldness might be shown in specifying that this duty should not deprive execution creditors of any rights acquired through judgment. Such provisions would amount to a statement of principle and as such would provide a tangible basis for effective execution.

In the case of money judgments, minor amendments are in order. The current discretion of the Minister of Finance whether to pay such judgments should be abolished.[142] Money judgments should be payable by force of law, making resort to compulsory execution redundant. However, in cases where very large sums are awarded, public finances should not be destabilized by sudden outflows of funds, especially in the case of independent administrative agencies and public enterprises which manage their own budgets. To cope with this danger, the California system gives the authorities the possibility of making installment payments. This innovation specifically contemplates the situation of "local entities," whose financial health is far more precarious than that of the State of California. To this effect, the California Law Revision Commission recommends that: "A local public entity is now required by statute to pay a tort or inverse condemnation judgment and may pay the judgment in not exceeding ten annual installments where necessary to avoid unreasonable hardship" (California, 1980: 1263).

As we frequently hear in the news of lawsuits in the millions of dollars taken against federal authorities,[143] it would be quite appropriate to enable them to soften the impact of a heavy condemnation. Because the State's responsibilities are different from those of private individuals, and because it manages public funds, this relatively minor privilege would seem suited to the special nature of its functions. More simply, the payment of certain judgments should not put public finances into a precarious position. This reservation means that the possibility of installment payments should not depend on the judgment creditor's agreement (*id.*: 1264). Private individuals should not determine how public funds are to be used. The option to proceed by installment payments over a period not to exceed five years, should be left to the discretion of federal authorities.

As for mandatory or prohibitive judgments, alternatives have already been proposed in this chapter. Under private law, the recalcitrant debtor is exposed to execution process. Nothing of the sort exists for an important part of the federal

142. Provided for by: *Crown Liability Act*, s. 17(2); and by *Federal Court General Rules*, Rule 1800.

143. As a recent example, the Federal Court (Appeal Division) awarded $650,000 to two private companies that originally claimed $2,520,000 for loss of profits and $3,400,000 for loss of equity following the breaking of an agreement by the federal authorities: *R.* v. *CAE Industries Ltd.* At trial, they had succeeded in obtaining a judgment for $4,300,000! As another example, the 1983 Canadian public accounts indicate a payment of $2,600,000 by the Treasury Board as an out-of-court settlement for the victims (grouped in trust) of the crash of a Boeing 737 at Cranbrook Airport in February 1978 (34.13). Internal compilations made between 1971 and 1983 for the central Administration alone show that monetary condemnations against the federal authorities are particularly important in the following sectors: Transport, National Defence, Office of the Solicitor General. For 1983, these three areas accounted for condemnations whose totals were $3,038,000, $3,207,000 and $1,533,000 respectively. If we attempt to calculate everything the federal State pays each year in damages, on behalf of both the central Administration and autonomous entities and public companies, we are talking about several dozen million dollars. For 1983 alone, payments made to cover damage caused by the central Administration amounted to $18,848,000.

Administration, which enjoys total immunity by its association with the legal status of the Crown. The gradual erosion of this artificial scheme has tended to show that it is barely justifiable for a part of the Administration. Maintaining this privilege is unwarranted where administrative activities are industrial or commercial in character. Moreover, these should be subject to ordinary execution process not only where there is non-compliance with a judgment, but also in the normal course of proceedings which includes detention and other measures of preservation. Of course some exceptions might be in order, specifically with respect to property held by the State for military purposes.

The special nature of "purely administrative" activities makes extension of ordinary private law rules difficult. Existing immunity for these services should be maintained, but the immunity rule should be redrafted in completely new terms. For reasons that have already been set out in Working Paper 40 (Canada, LRCC, 1985: 31), it should no longer be the Crown that enjoys this immunity, but rather its real beneficiaries, the Government and the Administration.

With this proposal to preserve immunity from execution for so-called "purely administrative" action, we are taking into consideration imperatives inherent in the carrying out of certain public responsibilities which are essential to both the Administration and the public. However, these imperatives should not stand in the way of a bold new approach. Rather than recreate an absolute immunity, Parliament should enact only a relative immunity. If immunity from execution for "purely administrative" action were restated in rigid and unequivocal terms, there would be a danger that immunity would far too often remain the rule for most State activities, even industrial and commercial ones. It should not be forgotten that these two dimensions, commercial and public, are often closely bound together, and occasionally this makes distinctions based on the nature of administrative activities very delicate. For this distinction between the commercial and the administrative to result in significant change, a more fundamental reform must be considered. To ensure that reform brings tangible results, the principle of immunity ought to be turned around by making immunity a relative concept. Even if immunity will still exist in principle, why not recognize the *administrés*' definite right to execution, thus presenting the issue in a positive way? All State property should be subject to compulsory execution, with two restrictions (with such an approach, immunity from execution is no longer an absolute principle but becomes instead a contingent, relative rule):

(1) Some exceptions might be expressly enumerated by statute.

(2) Where compulsory execution takes place, the authorities would be able to file an exception in court which, for lack of a better term, could be called the "public service exception." This option would only be available to the creditor after a judgment is rendered, immunity from execution remaining the rule during the course of the proceedings.

This second point needs elaboration. Quite simply, some objective criteria whose scope and application would be left to the court, should govern invocation of the exception. Often, everything depends on specifics, requiring an examination of the real situation. When a judgment is violated, State property would be liable to ordinary execution process, unless the administrative authorities against whom judgment has been rendered demonstrate to the court's satisfaction that the property in question is essential to the organization and operation of the "public services." Immunity for purely administrative

activities would thus become relative.[144] Where industrial and commercial activities are involved, a simple identification of the nature of the activity in question would be sufficient to legitimate compulsory execution. In all cases, however, compulsory execution would not be allowed without leave from the court. In the case of non-compliance with a decision handed down by a quasi-judicial body (an administrative tribunal), the power to decide whether or not compulsory execution is necessary should rest with the Federal Court.[145]

In this proposal, the traditional immunity of the Crown would disappear in favour of new rules for the federal Administration as a whole. Exposure to compulsory execution would depend on the nature of administrative action. However, this would not allow execution process to issue indiscriminately against any service, department or entity at the federal level. Only the administrative entity that has been the subject of the judgment should be liable to execution process. Such a restriction is needed to avoid, for example, a situation where a creditor seizes Agriculture Canada property used in industrial and commercial activities, when the recalcitrant judgment debtor is really another department, Supply and Services Canada. In the scheme proposed, only the property of Supply and Services Canada would be potentially subject to compulsory execution (on condition, of course, that Supply and Services Canada was not engaged in "purely administrative" action).

This proposal creates a subsidiary problem. Although most independent administrative agencies and public enterprises have their own legal personality despite the fact they are also Crown agents, the same is not true with the central Administration. Under existing law they have no legal personality distinct from the Crown, and the Attorney General of Canada often acts in their name before the courts. Sometimes it is the Minister responsible per se who is being pursued; this question of the absence of legal personality can be evaded to the benefit of the status of Minister of the Crown.

This helps explain the problem with introducing a reform based on functional and substantive criteria (the nature of administrative action). Yet the problem could be overcome, were the statute to specify that only entities or departments involved in a dispute could be subject to compulsory execution.[146] Provided a reservation of this type is clear and express, there is no reason it could not be incorporated into a special scheme of public law.

The need to grant judgment creditors the right to effective execution invites compromise. The French reform of 1980 provides a good model. While preserving an immunity identical to the present Crown immunity, this reform allows the Conseil d'État to compel the Administration, using financial sanctions, in cases of non-compliance. It is appealing to endow the Canadian courts with an analogous power. While the amount of the sanction should be fairly high to make it effective, the court should be permitted to consider mitigating circumstances and reduce the amount of the

144. As Belgian writers have pointed out: [TRANSLATION] "Debate is an ideal way to bring out patrimonial, budgetary, financial and functional elements which are to be considered in determining whether or not such execution is admissible" (Le Brun and Déom, 1983: 270).

145. In 1980, the Law Reform Commission of Canada made clear its position that only the Federal Court should be responsible for all judicial reviews of federal administrative authorities (1980: 44).

146. Similarly Garant notes that: [TRANSLATION] "Execution of judicial decisions [condemnation to do or not to do] would be greatly facilitated by the designation of an administrative body or statutory corporation against whom such judgments would be pronounced" (1985a: 954).

condemnation at the time of final judgment. This new mechanism of financial pressure would in no way be a substitute for genuine execution pursuant to the terms of the main judgment. It would only be a way of pressuring the debtor to execute the judgment with the threat of an expensive financial sanction. This dissuasive element is very important, because statistics from the French Administration show that *astreinte* is only rarely used. What is important above all is its role in the case of non-compliance.[147] Were such a mechanism created, there would be two judgments. The first, a provisional one, would simply establish the amount of the sanction, to be computed daily from a date fixed by the judge. The second, a final one, would be payable by right according to conditions applicable to money judgments, and would establish the definitive amount of the sanction, while at the same time taking into account circumstances surrounding the delay in execution. As this monetary sanction is not a fine, it would not be remitted to the State, an absurd result in any case; rather, it could be forwarded for example to a fund for scientific or legal research. Finally, as the sanction is not a judgment for damages, nothing would prevent a further action for damages resulting from non-compliance.

The proposed reform is aimed at reconciling the interests of all parties concerned, as much as this is possible, while at the same time avoiding any major upheaval in the fundamental principles of public law.

2. The Special Case of Compensation (Set-Offs)

From a public law perspective, even if compensation is not a part of all compulsory execution actions, it remains closely linked to the rules governing immunity from execution, especially in terms of its underlying rationale and practical implications. In an overall re-evaluation of immunity from execution, the fate to which we should consign this notion of compensation ought to be considered.

Compensation for set-offs is a private law notion whose effect is to permit two debts to cancel each other. Although it is basically the same under civil law and common law, its scope differs in the two legal systems. The civil law of obligations places compensation among the various ways of extinguishing obligations — articles 1187 to 1197 of the *Civil Code* (Baudouin, 1983: 495). Two parties who are mutually creditor and debtor of each other may in this way settle their reciprocal debts. No meeting of minds is required, because compensation takes place simply by effect of the law.[148] Compensation may take place under civil law without there necessarily being any ongoing litigation. This is not true in the common law. At common law, "set-off" is a defence or "cross-claim" and occurs within the context of a lawsuit. English law

147. [TRANSLATION] "In several cases, a solution was found during the proceedings which brought the plaintiff to desist in his action and we may consider that this rapid and favourable result is due to the pressure brought by the individual's claim to have the Administration condemned to an *astreinte*" (de Baecque, 1982-83: 192).

148. Article 1188 of the *Civil Code* provides that:

> Compensation takes place by the sole operation of law between debts which are equally liquidated and demandable and have each for object a sum of money or a certain quantity of indeterminate things of the same kind and quality.
>
> So soon as the debts exist simultaneously they are mutually extinguished in so far as their respective amounts correspond.

distinguishes between "set-off" and "counterclaim" (*Halsbury*, 1983, Vol. 42: 239 ff.). "Set-off" is limited to monetary compensation (the same restrictive meaning as in civil law) whereas "counterclaim," as its name indicates, allows defendant B to answer plaintiff A with any lawsuit or claim he may have against A in the civil law; the cross-demand or *demande reconventionnelle* has a more limited scope because it requires a claim resulting from the same source as the principal suit (*id.*: 241).

Within the context of relations between the Administration and the individual, this mechanism could provide attractive extrajudicial safeguards (Canada, LRCC, 1985: 77). Under existing law, it is not open to private individuals because the Crown enjoys total immunity against any claim for a common law set-off. Under civil law things are not so clear.[149] Compensation may be a mode of extinguishing debts, but it is also an indirect method of compulsory execution, above all from a public law standpoint. This reasoning is used to justify non-application of compensation to the Crown. Décary notes that "since as a matter of law no execution shall issue on a judgment against the Crown, a claim against the Crown is never demandable and thus is not amenable to compensation, since compensation presumes two debts that are liquidated and demandable" (1976: 321). Compensation necessarily involves execution, because if A invokes it he may lead B to execute his obligation. Within this meaning, compensation takes the form of an indirect means of execution. Indeed, B may be forced to fulfil his obligation at a time and under circumstances which are far from favourable to him. In this way, the Crown could be compelled to execute against its will; hence, the link with compulsory execution.

Crown immunity from compensation or set-off is also based on textual arguments. As no federal statute subjects it to this mechanism (Décary, 1976: 323; Dyke and Mockle, 1983), we are left with the traditional immunity of common law. Failing an express provision to the contrary, immunity remains the rule. Some decisions have clearly confirmed this privileged status (*Morley* v. *Ministre du Revenu national*; *Fortier* v. *Langelier*). Immunity may be absolute in scope with respect to the federal Crown, especially considering that Crown Proceedings Acts in Great Britain and the English-Canadian provinces have already settled the matter with express provisions. In general, this legislation has somewhat relaxed the rule of Crown immunity.[150] But it still applies in respect of every claim for compensation in fiscal and criminal matters.[151] Conversely,

---

149. Pursuant to sections 94 to 100 of the *Code of Civil Procedure*, nothing expressly reserves the rights of the Crown in this area. Should we deduce that section 94 applies in the absence of contrary provisions? It states that:

> *Any person having a claim to exercise against the Crown*, whether it be a revendication of moveable or immoveable property, or a claim for the payment of moneys on an alleged contract, or for damages, or otherwise, *may exercise it in the same manner as if it were a claim against a person of full age and capacity, subject only to the provisions of this chapter*. [Emphasis added]

This doubt is also justified because compensation is not a right that is essentially litigious.

150. See, for example, subsections 17(5) and (6) of the Saskatchewan statute, and subsections 19 (1) and (2) of the Alberta statute.

151. As shown by the New Brunswick *Proceedings Against the Crown Act*, s. 14(5).

> No person may avail himself of any set-off or counterclaim in proceedings by the Crown for the recovery of taxes, duties, or penalties, or avail himself, in proceedings of any other nature by the Crown, of any set-off or counterclaim arising out of a right or claim to repayment in respect of any taxes, duties or penalties.

the federal Crown has been granted this right, at the expense of the individual, by several federal statutes (for example, *Excise Tax Act*, s. 52(9), *Canadian Forces Superannuation Act*, s. 7(8), and *Unemployment Insurance Act, 1971*, s. 48).

The appropriateness of these Administration and Crown privileges must, therefore, be questioned. The legal and practical reasons usually raised in their defence are far from convincing. On the legal level, it is difficult to imagine how compensation undermines the principle of immunity from execution. All provincial statutes allow exceptions that benefit the individual yet maintain immunity from execution.[152] This is hardly surprising, because compensation is, above all, a form of double payment serving to facilitate particular commercial and banking transactions (Baudouin, 1983: 495). It is difficult to argue that a mechanism for settling debts is a type of compulsory execution.

However, from a practical standpoint, the rule is justified by potential administrative problems. As Décary points out, "an administration would be embarrassed if compensation were permitted with respect to claims attaching to different departments" (1976: 328). Yet this does not seem to bother the authorities when money must be recovered from individuals, as subsection 39(6) of the *Canada Pension Plan* reveals:

> Instead of making a refund that might otherwise be made under this section, the Minister may, where the person to whom the refund is payable is liable to pay tax under the *Income Tax Act*, apply the amount of the refund to that liability and notify such person of his action.

Given increased centralization, mechanization and computerization of the federal Administration, administrative arguments are not convincing. Any individual should be able to claim compensation against the entire federal Administration, even if the debts do not involve the same administrative entity. To give a concrete example, a person ordered by the courts to remit a sum of money to Agriculture Canada may invoke the right to compensation for the income tax rebate he is expecting from Revenue Canada Taxation. In this specific case, Agriculture Canada would be obliged to communicate with Revenue Canada to make the appropriate adjustments. Since all funds, both revenue and expenses, are currently transferred between federal departments and agencies, it seems that this suggestion would not disrupt budgetary rules. Nonetheless, feasibility studies should be undertaken to ascertain the viability of this reform. Since there are no legal obstacles to amending the Administration's privileged status, future studies done by accountants and actuaries may well be most enlightening on this issue.

Several secondary questions restricted to matters of law are still unresolved. The first arises with respect to the type of debt which may be compensated. Within the perspective of reinforcing the right to compensation, should all obligations be covered by this right, even those resulting from taxes or fines? On this point, private law does make some exceptions (for example, article 1190 of the *Civil Code*). A more technical

---

152. Set-off is allowed if the two claims relate to the same department or entity, as subsection 14(6) of the New Brunswick statute shows:

> No person may, without leave of the court, avail himself of any set-off or counterclaim in proceedings by the Crown unless the subject matter of either the set-off or counterclaim relates to a matter under the administration of the same minister or Crown corporation as the matter with respect to which the proceedings are brought by the Crown.

problem may result where there are multiple debts. Should an order of priorities be considered? Again, should public authorities be able to pay the debt in installments? With respect to total compensation, this particular right is no longer relevant because both debts are deemed to merge and cancel each other. For the balance that has not been compensated, one should reluctantly permit public authorities to pay by installment, under the conditions and for the reasons noted earlier, since such a possibility is not generally available for the State's debts. In the special context of money judgments, this ability to pay by installment is justifiable as a way of avoiding significant and unpredictable disbursements from the funds of an independent administrative agency or a public enterprise. At the present we are not prepared to specify any particular method of paying compensation, nor do we wish to restrict it to a definitive list of requirements and obligations even if this may possibly exclude taxes and fines.

Of all these questions, the most important remains the scope to be given to this new safeguard. Should it be permitted only as a litigation plea (the common law approach) or should it be available to unlitigated debts by simple effect of the law where both debts are demandable (the civil law approach)? In Working Paper 40 the Commission indicated a preference for safeguards that would also cover unlitigated debts, referring to the fact that non-curial relations between the Administration and the individual are the rule and litigation the exception. Indeed, compensation is an area that is well suited to the creation of non-curial procedures. In order to strengthen significantly the *administrés'* position, the establishment of a positive entitlement to compensation for debts that are due would be worthwhile. As a general principle, all debts between the Administration and the individual should be subject to compensation by simple effect of the law, except as expressly provided for by statute. This right to compensation would be valid against the entire federal Administration, with all reference to the Crown excluded for the same reasons as those explained previously. For social reasons, such a right should apply only to physical persons since the purpose here is to improve and democratize relations between the State and individuals. Finally, debts should be subject to compensation even where they originate from Government authorities with distinct legal personalities. In such a case, the two departments involved would have to make the necessary arrangements for the reimbursement of the funds disbursed in compensation.

Conclusion to Chapter Two

With a few rare exceptions, Western countries have barely modified their public law in the area of execution. This situation is in clear contrast to public international law, where a distinction between management activities and State activities proper (*jus gestionis* versus *jus imperii*) has become quite generalized. The distinction renders the old immunity to process that was systematically invoked by foreign States against the courts of another country more relative, and exposes property used for commercial purposes to execution process. It now applies in Canada by virtue of the *State Immunity Act*.

The same type of distinction should be introduced in domestic law, because recent decades have been marked by a considerable increase in industrial and commercial activities of the Administration. It is hard to continue justifying the traditional Crown

immunity for the Government and the Administration with respect to this class of activities. Yet when these activities represent genuine State functions in which the objectives of public policy and the general interest are present, existing immunity should be maintained, although it should be restated in new terms. The concept of the Crown is no longer of any use in distinguishing between the administrative and the commercial.

This partial maintenance of traditional immunity should be relaxed somewhat by granting additional remedies to judgment creditors. Administrative authorities should be subject to financial sanctions when they defy or only partially comply with a judgment. Distinct from damages, the only purpose of these judge-ordained sanctions would be to compel the Administration to comply with the original decision. They would constitute a financial penalty (a civil, not a penal one) that the judge could set as he saw fit. This approach enables the importance and the purpose of administrative action to be reconciled with the imperatives of the proper operation of the judicial system.

General Conclusion and Recommendations

At first sight, immunity from execution would seem immune from reform. Although this immunity is at present linked to the Crown, its rationale depends mainly on the special nature of the State, the Government and the Administration. Because historical reference to the Monarch as an individual is no longer very useful, arguments in defence of immunity now tend to be grounded in legal positivism. Relying on the apparently special nature of the State, some jurists have adopted absolutist justifications which cut short prospects for reform. Some consider it unthinkable that public force could be used against the authority which is its very source, while others consider the possibility of execution against the State to be a serious encroachment on the principle of separation of powers. Still others feel that State sovereignty would be compromised, and that the orderly management of public finances would be undermined. To give these arguments currency, reference is made to the general interest and proper operation of the Administration. Finally, some even invoke the dignity of the State, the functioning of the Administration, the need for mutual respect between the courts and the Administration, judicial self-restraint, appropriateness, and even bureaucratic sensitivities in support of immunity. From neo-positivism to pure pragmatism, by way of various views of the State and of judicial control, the resulting situation is hardly favourable to reform. Therefore, it comes as no surprise that immunity from execution has remained the rule in most Western countries.

By contrast, public international law appears to have taken a decisive turn marked by the suppression of immunity from execution with respect to State activities of a commercial nature. By distinguishing between *gestio* and *imperium*, a dualist view of State activities has made a previously too absolute privilege merely relative. Domestic law, on the other hand, has largely opted for organic and formal standards, to the detriment of a more functional approach. Consequently, the prevailing trend in English-speaking countries has been to avoid distinguishing types of administrative action. How could it have been otherwise, since the notion of the Crown has always been predominant? Because all State functions are in some way or another associated with the Crown, it is difficult to introduce a new distinction based on the nature of State activities. In this respect, the present study confirms one of the major orientations of Working Paper 40. Therefore, in proposing standards that are fully adapted to the real nature of administrative action, any reference to the concept of the Crown must be dropped. *Present immunity must be reassessed and restated in terms that do not refer to the concept of the Crown. Any attempt to modernize this area of administrative law requires a direct evaluation of administrative action and a clear and explicit designation of the real beneficiaries of existing immunity, namely the Government and the Administration.* In Working Paper 40, the Commission clearly stated its resolve to undertake the decisive step of defining a new legal status for the federal Administration. *The crucial point is whether the federal Administration can still invoke an immunity formerly attributed to the Crown.* The focus now has changed, and only the activities of the Administration should be at issue.

In order to propose substantial modifications, any legislative provisions which serve as a basis for immunity from execution would first have to be repealed. More specifically, these are section 6 and subsection 17(1) of the *Crown Liability Act*, subsection 56(5) of the *Federal Court Act* and section 18 of the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act*. These provisions should be replaced by a new series of enactments. The easiest solution would be to group them with a view to *the introduction of a new statute on the legal status of the federal Administration*. This proposal is a part of the work which the Commission is carrying on with a view to elaborating a new legal status for the federal Administration. As such, it remains inseparable from the overall approach.

Content of the Reform

Although non-compliance with judgments by Canadian public authorities is still a relatively rare occurrence, this does not obviate the need for reform. Given existing law, there are two specific reasons for this.

The first results from an elementary concern with modernization. Rather than take for granted the propriety of the authorities, it is important to question the very relevance of immunity from execution. As handed down by tradition this immunity no longer reflects contemporary legal preoccupations and is ill-adapted to the commercial nature of some administrative action. The overly general nature of this immunity should be corrected. When the State becomes involved in industrial or commercial activities for lucrative purposes, traditional arguments in favour of immunity from execution no longer apply. Because this commercial dimension is obviously not synonymous with public order, the general interest or the special nature of the State, nothing would seem to stand in the way of liberalizing the existing scheme of immunity. In some way, this amounts to a recognition of the multidimensional nature of State activities.

The second reason relates to the concept of safeguards. Alongside a concern with adaptation to administrative action is a desire to provide the judgment creditor with effective remedies to ensure the execution of judgments. In this area, existing law leaves many questions unanswered. An important part of the federal Administration may indeed refuse to comply with judicial decisions without there being any genuinely effective way to respond. Here is a source of potential abuse: [TRANSLATION] "The very idea that the Administration may ignore *res judicata* with impunity amounts to questioning the most fundamental principles of liberalism" (Distel, 1980: 71). We must stop being naïve about the effectiveness of judicial and parliamentary control. It is time to recognize the validity of specific safeguards for the public.

From the standpoint of an overall reassessment of the legal status of the federal Administration, this shortcoming in administrative law should be corrected. Far from succumbing to a romantic vision of judicial review, the approach proposed by this document is based on the principle that such control should be a tangible reality capable of bringing about concrete results. Compliance with court judgments is a categorical imperative that can only be attained by providing the individual with effective safeguards. These must go beyond merely Platonic censure by the courts. As Sir Edward Coke suggests in *Franklin's Case*, "when the law gives anything to anyone, it gives also those things without which the thing itself would be unavailable" (p. 47a). In this vein, outdated myths according to which, as Thiers put it, [TRANSLATION] "the

State must always be deemed solvent and an honest man" must be eschewed. Rather, situations in which the State, ordinarily a good debtor, may for economic or political reasons be tempted to ignore a judgment must be anticipated.

To reach this end, the proposed reform must attempt to reconcile the legitimate interests of the individual with those of the Administration and the Government. To be effective, our various suggestions should lead to a new statute[153] comprising the following provisions.

(a) *Recognition of the Authority of Judicial Decisions*

By virtue of Crown privileges and immunities, the federal Government and a large part of the federal Administration enjoy a special status with respect to compulsory execution. This situation abets public authorities who deploy refined techniques to avoid the consequences of a judgment. *Therefore, the authority of judicial decisions should be unequivocally recognized, not only to eliminate potential dangers of abuse, but also to offer a minimal legal basis for a successful response to certain Administration tactics.* This reform is obviously no panacea. By imposing a positive duty on the authorities, however, it does provide a safeguard that should not be taken lightly. *This provision is so important that we intend to propose a system in which immunity from execution will be maintained for an important part of administrative and governmental activities.*

***Section 1*: The Government and the Administration shall comply with judicial decisions.**

Where there is either outright refusal or incomplete execution, *such a provision would provide a minimal legal basis for an action in damages.* The courts should have authority to evaluate, on the facts of each case, what constitutes proper execution.

(b) *Automatic Payment of Money Judgments*

Under existing law it is difficult to determine whether the Minister of Finance has any real discretion with regard to the payment of money judgments. *There is no reason why all money judgments should not be payable by the Minister of Finance upon demand. However, we do not wish to create problems in the area of public funds, more precisely for the balancing of the budgets of independent administrative agencies and public enterprises. If this imposes unacceptable financial consequences, public authorities should be entitled to make installment payments.* Subsection 17(2) of the *Crown Liability Act* should therefore be repealed and replaced by a new provision.

***Section 2*: In a final judgment, any award of money made against the Government or the Administration is payable as of right upon presentation of a certificate of the court to the Minister of Finance.**

For judgments greater than X (amount to be determined), the Minister of Finance may make payments by installment over a period not to exceed five years.

153. This is required because of the rule by which privileges and immunities of the Crown cannot be amended except by express legislative provision.

(c) *Liberalization of Immunity from Execution*

Until now, there has never been any question that administrative authorities associated with the Crown benefit from immunity to any form of compulsory execution. The recent adoption of the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act* has reduced somewhat the broad scope of this immunity. As for the federal Administration that is not assimilated to the Crown, all ordinary means of compulsory execution are admissible as in litigation between private individuals.

This distinction leads to a largely incoherent result because immunity from execution does not depend on the nature of administrative action. A variety of Crown agents may successfully claim this immunity, even when they are engaged in industrial and commercial activities. Yet other authorities have no immunity, even when they provide essential services to the public. *This situation should be rectified by the adoption of new standards that can reflect the true nature of administrative and governmental action*. A substantial change is required because immunity from execution developed when State activities were very confined and strictly public in nature (this was the limited context of the *État-gendarme*). *At the present time, the diversification of State activity fully justifies modifying the law on the basis of a differential treatment for different administrative functions*.

The 1982 *State Immunity Act* introduced a type of relative immunity for foreign States based on the nature of their activities. Consequently, they no longer have any immunity for commercial activities (sections 5 and 11). This approach deserves to be extended to domestic law. *Where the State acts as a businessman, it should be treated as one. Therefore, a decisive step should be taken by allowing normal execution process with respect to administrative action of an industrial or commercial nature*.

On the other hand, *with respect to other administrative action*, which we consider to be "purely administrative" because it traditionally falls within the purview of the State (administrative police function, benefit-granting function, regulatory function, and so forth) *immunity from execution is more easily justified*. In these areas, concepts of public order and community service are intimately interrelated. For example, items used for military purposes should normally be immune from compulsory execution in the legitimate interests of national defence. This example is only one of many.

However, these services are not so significant as to preclude all reform. Rather than the use of absolute terms to create an immunity for all so-called "purely administrative" activities, *the scope and ambit of the immunity should be made more relative. If immunity from execution with respect to such activities were to be restated in rigid and absolute terms, immunity might too often remain the rule for most State activities, even those of an industrial or commercial nature*. We should not lose sight of the close interrelationship between these two dimensions, commercial and public, making distinctions based on the nature of administrative action often quite difficult.

In order that the distinction between the commercial and the administrative actually lead to reform, *it would be better to make immunity from execution more relative. Even though in principle this immunity would still exist, it would be useful to grant the* administrés *a definite right to execution, which would allow a more positive approach to the issue. Immunity from execution must cease to be an absolute immunity and become a relative one. In order to reverse the traditional approach, all State property (subject to certain express exceptions) would be exposed to compulsory execution,*

unless the Government or the administrative authority contemplated by the judgment can demonstrate, to the court's satisfaction, that the property in question is essential to the organization and operation of the public service. By adopting this approach, some "mixed" activities (administrative and commercial) as well as those that are purely administrative may be subject to compulsory execution process if their property is not essential to the operation of public services. *On the other hand, immunity should normally remain the rule for activities of a clearly public and social dimension (service to the community) for which any interruption in the continuity of public services would be unacceptable. Another important condition is that this option of resorting to compulsory execution against the Administration would only be available to the creditor for the execution of a final judgment, while immunity from execution would remain the rule during the course of the proceeding. In the case of non-compliance with a decision handed down by a quasi-judicial body (an administrative tribunal), the power to decide whether or not compulsory execution is necessary should rest with the Federal Court.*

The recognition of these exceptions fits within the general logic governing rules of compulsory execution. In private law, many items are declared exempt from seizure because of their social and economic importance. *By analogy with privileges granted to individuals, the federal Administration should also enjoy total immunity in areas where the social and public purpose of its activities is paramount.* Furthermore, this immunity may be enhanced with an express listing of public property declared exempt from seizure. Based on the submissions that it expects to receive, the Commission may at some point prepare such a list in subsequent research.

Except for items declared exempt from seizure, any judgment against the Government or the Administration should eventually give rise to execution against the property of the authority contemplated by the judgment. We clearly say "eventually" because *the creditor will have no immediate right to execution. He will be required to give notice to the authority concerned, as well as to the Minister of Justice, who may then contest by invoking the imperatives of proper operation of the public service. In contested cases, there would obviously be no compulsory execution against State property without leave of the court.*

To prevent the right to execution from leading to undesirable results, restrictions must be set out concerning the administrative authorities exposed to execution process. Following a judgment, execution remedies should not be directed indiscriminately against any service, department or entity. Only the administrative entity contemplated by the judgment should be liable to compulsory execution. Even if existing law does not recognize a distinct legal personality for various parts of the federal Administration (in particular, departments), a reservation to this effect could easily be introduced.

> ***Section 3*: Any judgment against the Government or the Administration may be executed upon the property of the authority contemplated by the judgment. No later than thirty days prior to any such execution, the creditor must give notice to the authority concerned as well as to the Minister of Justice, who may contest it by motion, within fifteen days, by satisfying the judge of the danger of disruption to public services. To this end, it must be shown that property liable to execution is essential to the organization and operation of services offered in the public interest or necessary for the maintenance of public order.**
>
> **To clarify the above general statement, no compulsory execution process may be authorized during the proceedings.**

***Section 4*: The Government and the Administration shall have no immunity from execution in actions or suits dealing with their industrial or commercial activities.**

***Section 5*:**

(a) Property used or destined for use in the context of military activity, and
(b) Property used for the functions of the Senate and the House of Commons,

are not subject to seizure.

(These two examples are merely hypotheses that we do not propose to defend. At this stage, it is not necessary to provide an extensive enumeration.)

These provisions distinguish between administrative activities, on the one hand, and industrial and commercial activities, on the other. *The courts must set out criteria to distinguish State activities of an industrial or commercial nature.* In principle this should pose little difficulty as they already apply such a distinction to foreign States (*jure gestionis* versus *jure imperii*). As for purely administrative action, they should be especially sensitive to administrative realities and should clearly distinguish areas whose social and public importance dictate exemption from compulsory execution. The need for this type of assessment would underline the importance of greater specialization of judges in public and administrative law.

(d) *Means of Pressure Available to Execution Creditors*

It would be unfortunate if the maintenance of immunity from execution for so-called "purely administrative" activities were to result in denial of any useful remedy to compel authorities to respect a judgment. Until now, execution creditors have had no meaningful recourse. *This shortcoming should be rectified to subject relations between the State and the individual to law as opposed to what is only propriety, courtesy or custom. The current situation encourages abuse, and a concrete effort must be made to find real safeguards.*

Most existing remedies are of little use to execution creditors. Even excluding problems of immunity, it is uncertain whether their use would allow effective pressure to be brought to bear on the authorities. Only contempt of court would appear to answer this need. Yet its use against federal authorities meets with a number of problems. To overcome these, the Government and the Administration must no longer be able to invoke the privileges of the Crown. If these authorities were eventually governed by a special status devolved directly from the Constitution and statutes, and no longer by a customary status based on the privileges and immunities of the Crown, the problem could be addressed in a different light.

Without wishing to discard the possibility of contempt of court or any other remedy in proposing a critical reappraisal of Crown immunities, we feel that a direct means of pressure based on monetary constraint is to be preferred. Where public authorities refuse to comply with a judgment, they would be subject to a financial penalty for each day of default. Upon motion to the court by an execution creditor, the judge could issue a provisional order condemning the Administration or the Government to pay a substantial sum of money, calculated daily, until there would be full compliance with the original judgment. This civil penalty for non-compliance should in no case be viewed as a penal or criminal remedy. Because the purpose of such a mechanism is to

bring pressure to bear on public authorities, the financial sanction aspect should predominate. It should not be confused with a recourse in damages, whose purpose is compensation. Upon compliance with the original judgment, the court would issue a final judgment which would contain the definitive amount of this monetary sanction. In finalizing the penalty, the courts could consider the circumstances which might have impeded normal execution of the principal judgment.

Although federal authorities might enjoy immunity from execution for specially designated property as well as for their activities which are not industrial and commercial in nature, they would nevertheless be exposed to financial pressure for non-compliance with judgments. This new remedy should be generalized. *There is nothing to prevent its being general in scope. It should be available to a judgment creditor even where the nature of the activities in question enables direct recourse to traditional means of compulsory execution. But it should remain an alternative, because combined use of compulsory execution and the monetary sanction would be excessive.*

> *Section 6*: **Where there is non-compliance with a final judgment by outright refusal, lateness, incomplete or partial compliance, upon motion to the court, the Government or the Administration may be condemned to pay a sum of money for each day that payment is in default, until there has been full compliance with the principal judgment.**
>
> **This monetary sanction shall take the form of a provisional order served on the Minister of Finance and the recalcitrant authority. The court shall determine the date from which the sanction is to apply. When the court is apprised of full compliance with the judicial decision, it shall adjudge the definitive amount of the sanction. In so doing, the court shall consider the circumstances that prevented the normal execution of the principal judgment.**
>
> **The proceeds of such adjudication shall be remitted to a scientific or legal research fund to be named by the court. The condemnation to this penalty shall not affect entitlement to damages for the harm resulting from non-compliance with the judgment.**
>
> *Section 7*: **Subject to the preceding sections, the creditor may have recourse alternatively to either execution process or financial constraint, but these two remedies may not be combined.**

(c) *The Right to Compensation (Set-Off)*

Where they enjoy the legal status of the Crown, federal authorities have total immunity with respect to claims by the individual for set-off or compensation. In the course of litigation (this is the common law position), or even in its absence (the civil law solution), a private individual has no hope of benefitting from set-off or compensation of his debt with a debt owed by public authorities. The latter enjoy an absolute total discretion as to the timing and the manner of repaying public debts.[154]

154. This immunity to set-off may also be invoked against the Canadian provinces, a matter that puts us in the delicate context of federal-provincial relations with respect to fiscal transfer payments and reciprocal debts. The constitutional dimension of set-off is too complicated to be satisfactorily addressed by a study focussed on administrative law and relations between the State and the individual.

The individual's entitlement to compensation should be stated unequivocally. Even where two debts do not originate from the same service (for example, A is sued for a monetary claim by Commission X, while at the same time Department Y owes him a comparable sum), a right of compensation is now facilitated by the degree of centralization and computerization of the federal Administration. Communications and exchanges between services are sufficiently developed so that two different debts, both liquidated and demandable, may be compensated. Subject to certain exceptions, especially concerning taxes and fines, all debts should be subject to compensation by right.

> ***Section 8*: Where a monetary claim has been presented by the Government or the Administration, any individual may invoke the right to compensation if these authorities also owe him a sum of money that has become demandable.**

(This section may eventually be completed with some exceptions, to remove some types of debts from the scope of compensation. Any such exceptions should be justifiable and relatively rare, so as not to undermine the generality of the principle.)

Clearly, this formulation gives compensation a broader scope than common law set-off. *The right to compensation should exist outside the context of litigation and within the normal framework of relations between the Administration and the individual.*

(f) *Scope of the Proposed Reform*

This Study Paper is only one step in the development of a coherent legal status for the federal Administration as a whole. With respect to compulsory execution, it puts forth proposals which could perhaps constitute the law applicable to the federal Administration, as is at present the case for the provisions of the *Crown Liability Act* and the *Federal Court Act*, to cite only two examples. *It must be understood that provincial legislation on execution could only apply subject to the provisions here proposed.* There are two reasons for this.

It is quite logical for federal enactments to govern the federal Administration, provincial law having only an auxiliary scope. Rather than leave it completely up to the courts and provincial legislators, the federal authorities should play a much more dynamic role in modernizing federal administrative law.

The second reason is based on the nature of our proposals. Compulsory execution is allowed as part of a special scheme of public law which can only exist in light of distinctions which are proper to administrative law. The general provincial competence in private law granted by subsection 92(13) of *The Constitution Act, 1867* is not admissible to a special scheme of administrative law applicable to federal authorities. Parliament should assume its normal responsibilities in this area.

Such a problem has already been resolved in the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act*. When introducing this special legislative scheme, Parliament was careful to specify, in section 17, that:

> In the event of any inconsistency between this Part, any other Act of Parliament or a regulation made under this Part or under any other Act of Parliament, and the provincial garnishment law, the provincial garnishment law is overridden to the extent of the inconsistency.

Similar provisions should be included not just in the area of execution but in all enactments concerning the legal status of the federal Administration.

In drawing up these eight sections, we are not trying to do the work of a legislative drafter. These sections should be read for their content, not their form. They make possible the concretization of what could be a substantial reform of immunity from execution. Inspired in part by public international law and by French and American law, they essentially aim at making immunity from execution a relative immunity, not an absolute one as it is now. Their rather technical nature should not be surprising, since the scheme's effectiveness can only be assured with precise and rigorous safeguards.

Bibliography

Frequently Used Abbreviations

A.C.D.I.	Annuaire canadien de droit international
Adm. L. Rev.	Administrative Law Review
A.J.D.A.	Actualité juridique, Droit administratif
A.J.I.L.	American Journal of International Law
Cam. L.J.	Cambridge Law Journal
Can. Bar Rev.	Canadian Bar Review
C. de D.	Cahiers de droit
C.E.	Conseil d'État
C.L.P.	Current Legal Problems
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
C.P.A.	Canadian Public Administration
D.	Dalloz
E.D.C.E.	Études et documents du Conseil d'État
G.P.	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
I.R.A.S.	International Review of Administrative Sciences
J.C.P.	Juris-classeur périodique (La Semaine Juridique)
J. Pub. L.	Journal of Public Law
J.T.	Journal des tribunaux
L.R.C.C.	Law Reform Commission of Canada
Man. L.J.	Manitoba Law Journal
M.L.J.	Michigan Law Journal
M.T.P.	Moniteur des travaux publics
P.L.	Public Law
R.A.	Revue administrative
R.C.A.D.I.	Recueil des cours de l'Académie de Droit International
R. de D. Pr.	Revue de droit prospectif
R.D.I.D.C.	Revue de droit international et de droit comparé
R.D.P.	Revue du droit public
R. du B.	Revue du Barreau
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
S.	Sirey
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. of T.L.J.	University of Toronto Law Journal

Amselek, P. (1986) "Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques" *J.C.P.* 1.3236.

Artur, E. (1900) "Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions" *R.D.P.* 236-280.

Auby, J.-M. (1977) "Sur une pratique excessive: les validations législatives" *R. de D. Pr.* 10-18.

Baraduc-Bénabent, E. (1981) "L'astreinte en matière administrative" *D.* 95-100.

Barrie, G. and N. Lowe (1973) *The Law of Contempt*. London: Butterworths. 401 pages.

Barthélemy, J. (1912) "Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public" *R.D.P.* 505-540.

Baudouin, J.-L. (1973) *La responsabilité civile délictuelle*. Montréal: P.U.M. 567 pages.
Baudouin, J.-L. (1983) *Les obligations*. Montréal: Yvon Blais. 693 pages.
Beale, J.H. (1908) "Contempt of Court, Criminal and Civil" 21 *Harv. L. Rev.* 161-174.
Berger, R.M. and D.N. Brown, eds. (1965-66) "The Coercive Function of Civil Contempt" 33 *U. Chi. L. Rev.* 120-133.
Blackstone, W. (1765) *Commentaries on the Laws of England*. Vol. 1. New York: Oceana (reprint 1966).
Blaevoet, C. (1965) "De l'intangibilité des ouvrages publics" *D.* 241-244.
Bon, P. (1981) "Un progrès de l'État de droit: la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique" *R.D.P.* 5-51.
Borchard, E.M. (1924) "Government Liability in Tort" 34 *Yale L.J.* 1-45, 129-143, 229-258.
Boré, J. (1966) "La liquidation de l'astreinte comminatoire" *D.* 159-168.
Boulard, C.L. (1932) *Le respect par l'Administration active des décisions du Conseil d'État*. Paris: P.U.F. 132 pages.
Braibant, G. (1961) "Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir" *E.D.C.E.* 53-65.
Brière, J. (1969) "La dualité domaniale au Québec" in *Droit administratif canadien et québécois* 313-363.
Brill, H.W. (1983) "The Citizen's Relief against Inactive Federal Officials: Case Studies in Mandamus, Actions 'In the Nature of Mandamus,' and Mandatory Injunctions" 16 *Akron L. Rev.* 339-396.
Brown, L.N. and D. Lemieux (1979) "La responsabilité civile découlant de l'inaction gouvernementale" 20 *C. de D.* 783-796.
Brun, H. and D. Lemieux (1977) "Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique: la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu?" 18 *C. de D.* 265-313.
Brun, H. and G. Tremblay (1982) *Droit constitutionnel*. Montréal: Yvon Blais. 798 pages.
Burdeau, G. (1949) *L'État*. Paris: L.G.D.J. 577 pages.
Burki, E.P. (1979) "Gestation d'une loi avortée. Quelques remarques à propos du projet de loi relatif aux astreintes prononcées en matière administrative" *R.A.* 40-48.
California (1980) "Recommendation Relating to Enforcement of Claims and Judgments against Public Entities" 15 *California Law Revision Commission* 1261-1287.
Campbell, E. (1969) "Private Claims on Public Funds" 3 *Tasmania U.L.R.* 138-158.
Canada, LRCC (1977) *Federal Court: Judicial Review* [Working Paper 18]. Ottawa: Supply and Services. 54 pages.
Canada, LRCC (1977a) *Contempt of Court* [Working Paper 20]. Ottawa: Supply and Services. 69 pages.
Canada, LRCC (1980) Judicial Review and the Federal Court [Report 14]. Ottawa: Supply and Services. 57 pages.
Canada, LRCC (1982) *Contempt of Court* [Report 17]. Ottawa: Supply and Services. 67 pages.
Canada, LRCC (1984) *Criminal Liability of the Crown* [internal Paper]. 97 pages.
Canada, LRCC (1985) *The Legal Status of the Federal Administration* [Working Paper 40]. Ottawa: LRCC. 106 pages.
Canadian Encyclopedic Digest (Ontario) (1985) 3rd ed. Toronto: Carswell. Vol. 8, Title 40.
Carrow, M.M. (1960) "Sovereign Immunity in Administrative Law: A New Diagnosis" 9 *J. Pub. L.* 1-23.
Chevallier, J. (1970) *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*. Paris: L.G.D.J. 317 pages.
Chevallier, J. (1972) "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur" *A.J.D.A.* 67-89.
Chitty, J. (1820) *A Treatise on the Law of Prerogatives of the Crown and the Relative Duties and Rights of the Subject*. London: Butterworths. 500 pages.
Chotiner, K.L. (1968) "California Government Tort Liability" 43 *California State Bar J.* 233-241.
Costa, J.-P. (1985) "Une nouvelle section au Conseil d'État, la section du rapport et des études" *A.J.D.A.* 265-266.

Crane, J.A. (1920) "Jurisdiction of the United States Court of Claims" 34 *Harv. L. Rev.* 161-177.
Davis, K.C. (1970) "Sovereign Immunity Must Go" 22 *Adm. L. Rev.* 383-405.
de Baecque, F. (1982-83) "La Commission du rapport et des études et l'exécution des décisions de justice" *E.D.C.E.* 175-195.
de Laubadère, A. (1980) *Traité de droit administratif*. 8th ed. Paris: L.G.D.J. 783 pages.
de Smith, S.A. (1980) *Judicial Review of Administrative Action*. 4th ed. London: Stevens. 626 pages.
de Smith, S.A. (1981) *Constitutional and Administrative Law*. 4th ed. London: Penguin. 728 pages.
Décary, R. (1976) "Compensation against the Federal Crown" 22 *McGill L.J.* 321-330.
Defert, A. (1910) *De l'exécution des jugements contre les personnes morales du droit administratif*. Paris: L.G.D.J. 265 pages.
Del Buono, V.M. (1982) *Criminal Procedure in Canada*. Toronto: Butterworths. 497 pages.
Delaume, G.R. (1979) "The State Immunity Act of the United Kingdom" 73 *A.J.I.L.* 185-199.
Delvolvé, P. (1983-84) "L'exécution des décisions de justice contre l'Administration" *E.D.C.E.* 111-137.
Dicey, A.V. (1911) *A Leap in the Dark*. London: Murray. 227 pages.
Di Qual, L. (1964) "Une manifestation de la désagrégation du droit de propriété: la règle 'ouvrage public mal planté ne se détruit pas'" *J.C.P.* 1.1852.
Distel, M. (1980) "Les personnes publiques et l'exécution des décisions de justice" *M.T.P.* 71-73.
Dresler, G. (1978) *L'immunité de juridiction et d'exécution des États étrangers devant la juridiction nationale*. Thesis (mimeo). Geneva: 1978. 235 pages.
Dufour, M. (1986) "L'attitude restrictive des tribunaux en matière de reconnaissance de privilèges et d'immunités aux agents de la Couronne" *R. du B.* 381-437.
Dumon, F. (1971) "Le régime de l'immunité d'exécution en droit comparé" in *L'immunité de juridiction et d'exécution des États*. Brussels: Éditions de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles. 181-210.
Dussault, R. (1974) *Traité de droit administratif canadien et québécois*. Québec: P.U.L. 2016 pages (2 volumes).
Eisenberg, R. (1959) "Reversing Administrative Decisions" 25 *I.R.A.S.* 105-107.
Esmein, A. (1903) "L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte" *Rev. trim. dr. civ.* 34-40.
Fayolle, M.-M. (1926) *La force exécutoire des décisions de justice à l'encontre des administrations publiques*. Nancy: Imprimerie Lorraine. 186 pages.
Ferron, C. (1973) "Le jugement déclaratoire en droit québécois" 33 *R. du B.* 378-385.
Field, G.L. (1946) "Administration by Statute: The Question of Special Laws" 6 *Pub. Adm. Rev.* 325-338.
Fréjaville, M. (1949) "L'astreinte" *D.* 1-4.
Fréjaville, M. (1951) "La valeur pratique de l'astreinte" *J.C.P.* 1.910.
Friedmann, W. (1971) *The State and the Rule of Law in a Mixed Economy*. London: Stevens. 104 pages.
Fromont, M. (1984) "Contrôle juridictionnel et nouvelles protections en R.F.A." in *Administration et administrés en Europe*. Paris: Éditions du C.N.R.S., 61-72.
Fry, E. (1911) *Specific Performance*. 5th ed. London: Stevens. 104 pages.
Garant, P. (1985) *Droit administratif*. 2nd ed. Montréal: Yvon Blais. 1032 pages.
Garant, P. (1985a) "L'effectivité des jugements en droit administratif canadien et québécois" 26 *C. de D.* 951-969.
Garant, P. and G. Leclerc (1979) "La qualité d'agent de la Couronne ou de mandataire du gouvernement" 20 *C. de D.* 485-524.
Gaudemet, P.M. (1984) "La saisie des biens des établissements publics: nouveaux développements de la question" *G.P.* 565-569.
Gaudemet, Y. (1977) "Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif" in *Mélanges Burdeau* 805-824.

Gellhorn, W. and L. Lauer (1955) "Congressional Settlement of Tort Claims against the United States" 55 *Colum. L. Rev.* 1-36.
Gellhorn, W. and N. Schenck (1947) "Tort Actions against the Federal Government" 47 *Colum. L. Rev.* 722-741.
Goodnow, F.J. (1905) *The Principles of the Administrative Law of the U.S.* New York: Putnam. 680 pages.
Grey, J.H. (1978) "Duquet v. Ville de Ste-Agathe" 24 *McGill L.J.* 477.
Griffith, J. and H. Street (1973) *The Principles of Administrative Law*. 5th ed. London: Pitman. 331 pages.
Guthrie, W.D. (1908) "The Eleventh Amendment" 8 *Colum. L. Rev.* 183-207.
Halsbury's Laws of England (1983) 4th ed. London: Butterworths.
Hamilton, A. (1917) "The Federalist" 81 *Cent. L.J.* 126.
Harlow, C. (1976) "Administrative Reaction to Judicial Review" *P.L.* 116-133.
Harnon, E. (1962) "Civil and Criminal Contempts of Court" 25 *Modern L. Rev.* 179-189.
Hirt, F. (1954) "Du droit de la force publique" *R.D.P.* 967-985.
Hogg, P.W. (1971) *Liability of the Crown*. Sydney: Law Book. 257 pages.
Hogg, P.W. (1977) *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswell. 548 pages.
Holdsworth, W. (1966) *A History of English Law*. 5th ed. London: Sweet & Maxwell. Vol. 3. 695 pages.
Holtzoff, A. (1942) "The Handling of Tort Claims against the Federal Government" 9 *Law and Contemporary Problems* 311-326.
Hood Phillips, O. and P. Jackson (1978) *Constitutional and Administrative Law*. 6th ed. London: Sweet & Maxwell. 746 pages.
Huberlant, C. and F. Delpérée (1971) "Les personnes de droit public bénéficiaires de l'immunité d'exécution en droit interne comparé" in *L'immunité de juridiction et d'exécution des États*. Brussels: Éditions de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles, 211-256.
Humphrey, J.P. (1945-46) "The Theory of the Separation of Functions" 6 *U. of T.L.J.* 331-360.
Hutchins, P. and P. Kenniff (1971) "La dualité domaniale en matière municipale" 12 *C. de D.* 477-501.
Israël, J.-J. (1981) *La régularisation en droit administratif français — Étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*. Paris: L.G.D.J. 268 pages.
Jacob, I.H. (1970) "The Inherent Jurisdiction of the Court" 23 *C.L.P.* 23-52.
Jacquignon, L. (1958) "L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics" *A.J.D.A.* 71-90.
Jaffe, L.L. (1963) "Suits against Governments and Officers: Sovereign Immunity" 77 *Harv. L. Rev.* 1-39.
James, F. (1955) "Tort Liability of Governmental Units and Their Officers" 22 *U. Chi. L. Rev.* 610-655.
Josse, P.-L. (1953) "L'exécution forcée des décisions du juge administratif par la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire du service public" *E.D.C.E.* 50-51.
Kayser, M.P. (1953) "L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile" *Rev. trim. dr. civ.* 209-246.
Kelsen, H. (1962) *Théorie pure du droit*. Paris: Dalloz. 495 pages.
Kerr, W.W. (1981) *On the Law and Practice of Injunctions*. 6th ed. London: Sweet & Maxwell. 743 pages.
Klee, L. (1983) *Governmental Immunity in the United States* [internal Paper prepared for the LRCC]. 90 pages.
Kos-Rabcewicz-Zubkowski, L. (1974) "Immunité de juridiction de l'État ou du Gouvernement étranger" 34 *R. du B.* 53-60.
Laferrière, J. (1963) *La responsabilité quasi délictuelle de l'État aux U.S.A.* Paris: Montchrestien. 69 pages.
Laskin, B. (1969) *The British Tradition in Canadian Law*. London: Stevens. 138 pages.
Laurent, P. (1941) *L'indépendance de l'Administration et les décisions du Conseil d'État*. Aix-en-Provence: Imprimerie universitaire. 228 pages.
Le Berre, J.-M. (1979) "Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration" *A.J.D.A.* 14-18.

Le Brun, J. and D. Déom (1983) "L'exécution des créances contre les pouvoirs publics" *J.T.* 261-272.
Le Tourneau, P. (1982) *La responsabilité civile*. 3rd ed. Paris: Dalloz. 825 pages.
Lefas, A. (1958) "Exécution tardive ou inexécution des décisions de justice par l'administration" *E.D.C.E.* 84-88.
Lemieux, D. (1983) *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*. Montréal: C.E.J.
Lesage, M. (1960) *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*. Paris: L.G.D.J. 337 pages.
Linden, A.M. (1973) "Tort Law As Ombudsman" 51 *Can. Bar Rev.* 155-168.
Linotte, D. (1981) "Exécution des décisions de justice administrative et astreintes en matière administrative" *J.C.P.* 1.3011.
Llorens, F. (1981) "Astreintes administratives et exécution des jugements par les personnes morales de droit public. Commentaire de la loi nº 80-539 du 16 juillet 1980" *Annales Fac. de Droit de Toulouse* 147-231.
Lloyd, D. (1981) *The Idea of Law*. London: Penguin. 365 pages.
Lloyd, W.J. (1949) "Le Roi est mort; Vive le Roi" 24 *New York U. L. Rev.* 38-54.
Luce, R. (1932) "Petty Business in Congress" 26 *American Pol. Sc. Rev.* 815-827.
Lyman, S. (1978) "Estoppel and the Crown" 9 *Man. L.J.* 16-28.
Martin, P. (1931) "The Declaratory Judgment" 9 *Can. Bar Rev.* 540-552.
Massé, G. (1984) "L'exécution des obligations via l'astreinte française et l'injonction québécoise" 44 *R. du B.* 659-690.
Massot, J. (1979-80) "Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif" *E.D.C.E.* 111-125.
Mazeaud, H., L. Mazeaud and A. Tunc (1965) *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 6th ed. Paris: Montchrestien. Vol. 1. 1080 pages.
McBride, J. (1979) "Damages As a Remedy for Unlawful Administrative Action" 38 *Cam. L.J.* 323-345.
McNairn, C.H. (1977) *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada*. Toronto: U. of Toronto Press. 205 pages.
Même, C. (1968) "L'intervention du juge administratif dans l'exécution de ses décisions" *E.D.C.E.* 41-49.
Mignault, P.-B. (1901) *Le Droit civil canadien*. Montréal: Librairie de Droit et de Jurisprudence. Vol. 5.
Montané de la Roque, P. (1950) *L'inertie des pouvoirs publics*. Paris: Dalloz. 546 pages.
Moreau-Margreve, I. (1982) "L'astreinte" *Annales Drt Liège* 11-103.
Mullan, D. (1975-76) "The Declaratory Judgment: Its Place As an Administrative Law Remedy in Nova Scotia" 2 *Dalhousie L.J.* 91-120.
Mundell, D.W. (1953) "The Crown and Res Judicata" in *Mélanges Moxon* 208-238. Toronto.
Nadeau, A. (1963) "L'autorité de la chose jugée" 9 *McGill L.J.* 102-123.
Nadeau, A. and L. Ducharme (1965) *Traité de droit civil du Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur. Vol. 9. 643 pages.
Nadeau, C. (1986) "L'estoppel dans le contexte du droit civil québécois" *R. du B.* 599-626.
Nelson, K.L. and S. Avnaim (1974) "Claims against a California Governmental Entity or Employee" 6 *Southwestern U. L. Rev.* 550-591.
O'Higgins, P. (1972) "*The Northern Ireland Act 1972*" 35 *Modern L. Rev.* 295-298.
Ouellette, Y. (1975) "La responsabilité civile personnelle du fonctionnaire" *C.P.A.* 1-16.
Pacteau, B. (1983) "Chronique" *R.A.* 41-43.
Pacteau, B. (1985) *Contentieux administratif*. Paris: P.U.F. (Coll. Droit fondamental). 382 pages.
Paques, M. (1983) "L'immunité d'exécution des personnes de droit public" *J.T.* 434-435.
Patrick III, W.H. (1977) "Enforcement of Judgments against Governmental Entities: The New Sovereign Immunity" 37 *Louisiana L. Rev.* 982-990.
Pauti, J.-M. (1985) "L'astreinte administrative, Concl. sous C.E. 17 mai 1985, 'Mme Menneret'" *R.F.D.A.* 842-850.
Pépin, G. and Y. Ouellette (1982) *Principes de contentieux administratif*. 2nd ed. Montréal: Yvon Blais. 666 pages.

Perrot, D. (1983) "Validation législative et actes administratifs unilatéraux — Observations à la lumière de la jurisprudence récente" *R.D.P.* 983-1012.
Pigeon, L.-P. (1985) "L'effectivité des décisions de justice en droit public interne" 26 *C. de D.* 995-1003.
Pollock, F. and F.W. Maitland (1968) *The History of English Law*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge U. Press. Vol. 1.
Popovici, A. (1977) *L'outrage au tribunal*. Montréal: Thémis. 188 pages
Pound, R. (1944) "A Survey of Public Interests" 58 *Harv. L. Rev.* 909-922.
Rassat, M.-L. (1967) "L'astreinte définitive" *J.C.P.* 1.2069.
Raynaud, P. (1964) "La distinction de l'astreinte et des dommages-intérêts" in *Mélanges Secrétan* 249-263. Lausanne.
Reid, R.F. and H. David (1978) *Administrative Law and Practice*. 2nd ed. Toronto: Butterworths. 504 pages.
Renfree, H.E. (1984) *The Executive Power of the Commonwealth of Australia*. Sydney: Legal Books. 599 pages.
Richardson, W.A. (1882) "History, Jurisdiction and Practice of the Court of Claims of the United States" 7 *Southern L. Rev.* 781-811.
Richer, L. (1983) "L'amende pour recours abusif devant le Conseil d'État et les tribunaux administratifs" *A.J.D.A.* 451-456.
Ripple, R.M. (1971) "Sovereign Immunity v. Execution of Judgment: A Need to Reappraise Our National Policy" 13 *Boston College Ind. and Commer. L. Rev.* 369-382.
Rivero, J. (1951) "Le juge administratif français: un juge qui gouverne?" *D.* 21-24.
Robertson, G.S. (1908) *The Law and Practice of Civil Proceedings by and against the Crown and Departments of the Government, with Numerous Forms and Precedents*. London: Stevens. 933 pages.
Salmond, J.W. (1965) *The Law of Torts*. 14th ed. London: Sweet & Maxwell. 813 pages.
Sarna, L. (1973) "The Scope and Application of the Declaratory Judgment in Motion" 33 *Can. Bar Rev.* 493-512.
Sarna, L. (1978) *The Law of Declaratory Judgments*. Toronto: Carswell. 213 pages.
Savatier, J. (1951) "L'exécution des condamnations au payement d'une astreinte" *D.* 37-40.
Schwartz, B. (1976) *Administrative Law*. Boston: Little and Brown, 730 pages.
Scott, D.G. (1978) "Torts — Abrogation of Sovereign Immunity — Scope of Retained Immunity" 43 *Missouri L. Rev.* 387-405.
Shumate, R.V. (1942) "Tort Claims against State Governments" 9 *Law and Contemporary Problems* 242-261.
Simmonds, K.R. (1965) "The Limits of Sovereign Jurisdictional Immunity: The Petrol Corporation and Victory Transport Cases" 11 *McGill L.J.* 291-309.
Steadman, J.M., D. Schwartz and S.B. Jacoby (1983) *Litigation with the Federal Government*. 2nd ed. Philadelphia: A.L.I. and American Bar Association. 502 pages.
Stewart, M.G. (1979) "The Enforcement of Judgments against the United States" 12 *Creighton L.R.* 815-845.
Stoutamire, S.S. (1980) "Torts — The Doctrine of Sovereign Immunity Is Alive and Well" 8 *Florida State U. L. Rev.* 377-382.
Strayer, B.L. (1964) "Injunctions against Crown Officers" 42 *Can. Bar Rev.* 1-45.
Strayer, B.L. (1983) *The Canadian Constitution and the Courts*. 2nd ed. Toronto: Butterworths. 310 pages.
Street, H. (1949) "The Provision of Funds in Satisfaction of Governmental Liabilities" 8 *U. of T.L.J.* 32-47.
Street, H. (1949a) "Tort Liability of the State: The Federal Tort Claims Act and the Crown Proceedings Act" 47 *M.L.J.* 341-368.
Street, H. (1953) *Governmental Liability: A Comparative Study*. Cambridge: Cambridge U. Press. 221 pages.
Street, H. (1968) *The Law of Torts*. 4th ed. London: Butterworths. 534 pages.
Sucharitkul, S. (1976) "Immunities of Foreign States before National Authorities" 149 *R.C.A.D.I.* 87.

Tari, G. (1933) *Des moyens d'assurer l'exécution des jugements rendus contre l'Administration*. Paris: Montchrestien. 127 pages.
Tercinet, J. (1981) "Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration?" *A.J.D.A.* 3-13.
Tokar, J.J. (1985) "Administrative Law: Injuctive Relief against the Crown" 15 *Man. L.J.* 97-103.
Tribe, L.H. (1978) *American Constitutional Law*. New York: Foundation Press. 1202 pages.
Turner, R.V. (1968) *The King and His Courts*. Ithaca: Cornell U. Press. 310 pages.
Turp, D. (1982-83) "Commentaire relatif à la *loi sur l'immunité des États étrangers devant les tribunaux*" 17 *Thémis* 175-186.
Vallières, N. and D. Lemieux (1975-76) "Le fondement constitutionnel du pouvoir de contrôle judiciaire exercé par la Cour fédérale du Canada" 2 *Dalhousie L.J.* 268-306.
Vauthier, M. (1958) "L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics" *R.D.I.D.C.* 394-400.
Vedel, G. and P. Delvolvé (1982) *Droit administratif*. 8th ed. Paris: P.U.F. 1174 pages.
Vincent, J. and S. Guinchard (1981) *Procédure civile*. 20th ed. Paris: Dalloz. 1280 pages.
Vincke, C. (1969) "Certains aspects de l'évolution récente du problème de l'immunité de juridiction des États" 7 *A.C.D.I.* 224-254.
von Mehren, R.B. (1978) "The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976" 17 *Col. J. of Transnational Law* 33-66.
Wade, E.C.S. and G.G. Phillips (1980) *Constitutional and Administrative Law*. 9th ed. by A.W. Bradley. London: Longman. 688 pages.
Wade, H.W.R. (1982) *Administrative Law*. 5th ed. Oxford: Clarendon Press. 892 pages.
Wainwright, R. (1981-82) "L'action déclaratoire en droit administratif anglais" *E.D.C.E.* 23-31.
Warner, D.R. (1967) "Traps for the Unwary — The Problems in Seeking Injunctive or Monetary Relief from an Uncompensated Taking by the Federal Government" 46 *Nebraska L.R.* 816-843.
Warren, D.T. (1966) "The Declaratory Judgment: Reviewing Administrative Action" 44 *Can. Bar Rev.* 610-644.
Wasserman, G. (1956) "The Doctrine of *fins de non-recevoir* in Quebec Law (with a Comparative Analysis of the English Doctrine of Estoppel)" 34 *Can. Bar Rev.* 641-668.
Watkins, C. (1967) "The Enforcement of Conformity to Law through Contempt Proceedings" 5 *Osgoode Hall L.J.* 125-158.
Watkins, R.D. (1927) *The State As a Party Litigant*. Baltimore: Hopkins Press. 212 pages.
Watrin, G. (1958) "L'autorité de la chose jugée en droit administratif français" *Annales de la Faculté de Droit d'Istambul* 29-66.
Weil, P. (1950) "Note sous C.E. 28 décembre 1949, S.A. des Automobiles Berliet" *D.* 383.
Weil, P. (1952) *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*. Paris: Jouve. 275 pages.
Weil, P. (1965) "The Strength and Weakness of French Administrative Law" *Cam. L.J.* 242-259.
Whitmore, H. and M. Aronson (1978) *Review of Administrative Action*. Sydney: Law Book. 519 pages.
Zale, H.T. (1973) "Judicial Abrogation of Governmental and Sovereign Immunity: A National Trend with a Pennsylvania Perspective" 78 *Dick. L. Rev.* 365-401.
Zamir, I. (1962) *The Declaratory Judgment*. London: Stevens. 337 pages.
Ziegel, J. (1959) "Some Aspects of the Law of Contempt of Court in Canada, England and the United States" 6 *McGill L.J.* 229-266.

Table of Cases

Air Canada v. *Attorney General of British Columbia*, 1986, Supreme Court No. 18089.
Alain Lavoie Ltée c. *Léo Lisi Ltée*, [1981] C.A. 292.
Amax Potash Ltd. v. *Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576.
Anns v. *Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728.
Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée c. *Le procureur général du Québec*, [1970] C.S. 232.
Association espaces verts du Mont-Rigaud c. *L'honorable Victor Goldbloom*, [1976] C.S. 293.
Association of Food Merchants of Montreal v. *L'association des détaillants en alimentation du Québec*, [1969] B.R. 374.
Attorney-General for Trinidad and Tobago v. *Bourne*, [1895] A.C. 83.
Attorney-General to the Prince of Wales v. *Collom*, [1916] 2 K.B. 193.
Bank of United States v. *Planter's Bank of Georgia*, 22 U.S. 907 (1824).
Barre v. *Fortin*, [1967] R.P. 137.
Baton Broadcasting Ltd. v. *C.B.C.* (1966), 56 D.L.R. (2d) 215.
Bay v. *The Queen*, [1974] 1 F.C. 523.
B.C. Power Ltd. v. *Attorney General of British Columbia*, [1962] S.C.R. 642.
Beauchemin v. *Fournier* (1901), 20 R.J.Q. 272.
Beauharnois Light, Heat and Power Co. v. *The Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, [1937] O.R. 796.
Blais c. *L'Association des architectes de la province de Québec*, [1964] C.S. 387.
Blanchet v. *Blanchet* (1935), 73 R.J.Q. 542.
Boileau v. *Boileau Ltée* (1940), 44 R.P. 186.
Bonus Finance Ltd. v. *Smith* (1971), 21 D.L.R. (3d) 544.
Bouchard v. *Les commissaires d'écoles pour la municipalité de Saint-Mathieu-de-Dixville*, [1950] S.C.R. 479.
Briggs v. *Life Boats*, 11 Allen. 157 (1865) (Mass.).
Burmah Oil Company v. *Lord Advocate*, [1965] A.C. 75.
C.B.C. v. *Attorney General for Ontario*, [1959] S.C.R. 188.
C.B.C. v. *Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618.
C.B.C. v. *The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 339.
C.I.A.C. v. *The Queen*, 1984, Federal Court No. T-1093-83; *aff'd* by [1984] 2 F.C. 866 (C.A.).
City of Kamloops v. *Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2.
C.N.R. v. *Croteau*, [1925] S.C.R. 384.
Commission d'assurance-chômage c. *Cour provinciale*, [1976] C.A. 744.
Commonwealth Plywood Cie Ltée c. *Conseil Central des Laurentides*, [1978] C.S. 593.
Congreve v. *Home Office*, [1976] Q.B. 629.
Conseil des Ports Nationaux v. *Langelier*, [1969] S.C.R. 60.
Corriveau v. *Republic of Cuba* (1979), 103 D.L.R. (3d) 520.
Crevier v. *De Grandpré et Lamothe* (1882), 5 L.N. 48.
C.T.C.U.M. c. *Syndicat du Transport de Montréal*, [1977] C.A. 476.
Dame St-Amand v. *Decelles* (1912), 14 R.P. 291.
Dominion Building Corporation v. *The King*, [1933] A.C. 533.
Dorset Yacht Co. Ltd. v. *Home Office*, [1970] A.C. 1004.
Duquet v. *Town of Sainte-Agathe*, [1977] 2 S.C.R. 1132.
Dutton v. *Bognor Regis Urban District Council*, [1972] 1 Q.B. 373.
East Suffolk Rivers Catchment Board v. *Kent*, [1941] A.C. 74.
Emms v. *The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 1148.
Evans v. *Hudon and Browne* (1877-78), 22 L.C.J. 268.

Ferranti-Packard Ltd. v. *Cushman Rentals Ltd.* (1980), 30 O.R. (2d) 194.
Fitts v. *Pilon* (1868), 12 L.C.J. 289.
Fonseca v. *Attorney General of Canada* (1890), 17 S.C.R. 612.
Fortier v. *Cholette* (1936), 60 B.R. 499.
Fortier v. *Langelier* (1986), 5 B.R. 107.
Franklin v. *The Queen (No. 2)*, [1974] 1 Q.B. 205.
Franklin v. *The Queen (Note)*, [1974] 1 Q.B. 202.
Franklin's Case (1593), 5 Co. Rep. 46a.
General Bearing Service Ltd. v. *The Queen*, [1980] 1 F.C. 444.
Gingras v. *Vézina* (1879), 5 Q.L.R. 237.
Grand Council of the Crees (Quebec) v. *The Queen*, [1982] 1 F.C. 599.
Hamel v. *Théorêt*, [1970] R.P. 59.
Hanschild c. *Corporation de la ville de Delson*, [1972] C.S. 189.
Harcourt v. *Minister of Transport*, [1973] 2 F.C. 1181.
H.F.C. of Canada v. *Dubois*, [1973] R.P. 193.
Kawananakoa v. *Polyblank*, 205 U.S. 349 (1907).
Kienapple v. *The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.
La République démocratique du Congo v. *Venne*, [1971] S.C.R. 997; [1969] B.R. 818.
Laurent v. *The Queen*, [1976] 2 F.C. 46.
Lelièvre v. *Baillargeon* (1853), 3 L.C.R. 420.
Lepage v. *Association québécoise des pharmaciens propriétaires* (1973), R.P. 73.
Lépine v. *Gauthier* (1877), 5 Q.L.R. 217.
Lipman v. *Brisbane Elementary School District*, 359 P. 2d 465 (1961).
Lovejoy v. *Campbell*, [1884] 1 C.S. 77.
MacQuarrie v. *Attorney-General of Nova Scotia* (1972), 32 D.L.R. (3d) 603.
Maine and N.B. Elec. Power Co. v. *Hart*, [1929] A.C. 631.
Martin v. *Martin* (1981), 123 D.L.R. (3d) 718.
M.D.J. Ltée c. *Ministre de l'Agriculture et de la Colonisation du Québec*, [1975] C.S. 1039.
Minister of Finance of Canada v. *Finlay*, 1986, Supreme Court No. 17775.
Moreau c. *Cité de Sherbrooke*, [1973] C.A. 311.
Morin v. *Driscoll College Inc.*, [1979] R.P. 198.
Morley v. *Ministre du Revenu national*, [1949-50] D.T.C. 29.
Muskopf v. *Corning Hospital District*, 359 P. 2d 457 (1961).
National Indian Brotherhood v. *Juneau*, [1971] F.C. 498.
Nicholson v. *Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311.
Operation Dismantle v. *The Queen*, [1983] 1 F.C. 745 (C.A.); *aff'd* by [1985] 1 S.C.R. 441.
Padfield v. *Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997.
Peetroons c. *Ministre de l'Agriculture du Québec*, [1976] C.S. 93.
Perreault v. *McCarthy* (1816), 3 R. de L. 306.
Procureur général du Québec c. *Société du parc industriel du centre du Québec*, [1979] C.A. 357.
Public Service Alliance of Canada v. *C.B.C.*, [1976] 2 F.C. 145.
Pyx Granite v. *Minister of Housing*, [1960] A.C. 260.
Queen Victoria Niagara Falls Park Commissioners v. *International Railway Co.*, [1928] 4 D.L.R. 755.
R. v. *CAE Industries Ltd.*, [1983] 2 F.C. 616 (T.D.); *aff'd* by [1986] 1 F.C. 129 (C.A.).
R. v. *Capital Brewing Co. Ltd.*, [1932] Ex. C.R. 171.
R. v. *Central Railway Signal*, [1933] S.C.R. 555.
R. v. *C.P.R.*, [1930] Ex. C.R. 26.
R. v. *Dominion Building Corp. Ltd.*, [1928] S.C.R. 65.
R. v. *Eldorado Nuclear Ltd. and Uranium Canada Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551.
R. v. *Gooderham and Worts Ltd.*, [1928] 3 D.L.R. 109.
R. v. *Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128.
R. v. *St-Louis*, [1897] 5 Ex. C.R. 330.

Re Hamill and C.N.R. (1960), 27 D.L.R. (2d) 61.
Re Kraw and Kraw (1982), 135 D.L.R. (3d) 190.
Re Nicholson and Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police (1981), 117 D.L.R. (3d) 604. Appeal to the Supreme Court denied by (1981), 117 D.L.R. (3d) 750.
Re Shields and City of Winnipeg (1964), 47 D.L.R. (2d) 346.
Robinson v. *Quinn and Casgrain* (1896), 9 R.J.Q. 240.
Roncarelli v. *Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.
Rossi v. *The Queen*, [1974] 1 F.C. 531.
Royal Bank of Canada v. *Scott* (1971), 20 D.L.R. (3d) 728.
Saskatchewan Government Insurance Office v. *Saskatoon*, [1948] 2 D.L.R. 30; [1947] 2 W.W.R. 1028.
Shaw v. *Bourget* (1878), 4 Q.L.R. 181.
Smith v. *The Queen*, [1972] 1 F.C. 561.
Société Asbestos Ltée c. *Société nationale de l'amiante*, [1979] C.A. 342.
Société de développement de la Baie James c. *Kanatewat*, [1975] C.A. 166.
Sparling c. *Caisse de dépôt et placement du Québec*, [1985] C.A. 164.
The Attorney General of the Province of Quebec v. *Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057.
The Minister of Finance of British Columbia v. *The King*, [1935] S.C.R. 278.
The Sadlers' Company's Case (1588), 4 Rep. 54b.
The Western Maid, 257 U.S. 419 (1922).
Tsiafakis v. *Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 2 F.C. 407.
U.S. v. *Lee*, 106 U.S. 196 (1882).
Vermette v. *Daigneault*, [1972] R.P. 369.
Vic Restaurant Inc. v. *City of Montreal*, [1959] S.C.R. 58.
Weatherby v. *Minister of Public Works*, [1972] 2 F.C. 952.
West Island Plomberie et Chauffage Ltée c. *Volcano Inc.*, [1983] C.S. 769.
Westeel-Rosco Ltd. v. *Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre*, [1977] 2 S.C.R. 238.
Western Minerals Ltd. v. *Gaumont and the Attorney General of Alberta*, [1953] 1 S.C.R. 345.
Woodward v. *Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120.
Young v. *S.S. "Scotia"*, [1903] A.C. 501.
Zodiak International Products Inc. c. *Polish People's Republic*, [1977] C.A. 366.

Table of Statutes

Canada

Act of Settlement, 1701.
Act to amend the Financial Administration Act in relation to Crown Corporations, S.C. 1984, c. 31.
An Act to Render Liable to Seizure a Portion of the Salaries of Public Officers and Employees (1875), Vict. 38, c. 12.
Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11.
Canada Pension Plan, R.S.C. 1970, c. C-5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, Schedule B of the *Canada Act 1982*.
Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1970, c. C-9.
Canadian National Railways Act, R.S.C. 1970, c. C-10.
Constitution Act, 1982.
Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38.
Department of Transport Act, R.S.C. 1970, c. T-15.
Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13.
Federal Court Act, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.).
Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663.
Financial Administration Act, R.S.C. 1970, c. F-10.
Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act, S.C. 1980-81-82, c. 100.
Merchant Seamen Compensation Act, R.S.C. 1970, c. M-11.
National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4.
National Harbours Board Act, R.S.C. 1970, c. N-8.
Pension Act, R.S.C. 1970, c. P-7.
Petro-Canada Act, S.C. 1974-75-76, c. 61.
Prairie Farm Assistance Act, R.S.C. 1970, c. P-16.
Public Service Superannuation Act, R.S.C. 1970, c. P-36.
Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act, R.S.C. 1970, c. R-11.
State Immunity Act, S.C. 1980-81-82, c. 95.
The Colonial Stock Act, 1877 (U.K.).
The Constitution Act, 1867.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.
Visiting Forces Act, R.S.C. 1970, c. V-6.
War Service Grants Act, R.S.C. 1970, c. W-4.
War Veterans Allowance Act, R.S.C. 1970, c. W-5.
Western Grain Stabilization Act, S.C. 1974-75-76, c. 87.

Provinces

An Act to Amend the Succession Duty Act, S.B.C. 1970, c. 45.
Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25.
Crown Proceedings Act, R.S.P.E.I. 1974, c. C-31.
Proceedings Against the Crown Act, C.S.N.S. 1979, c. P-29.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.A. 1980, c. P-18.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.N.B. 1973, c. P-18.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1980, c. 393.
Succession Duty Act, R.S.B.C. 1960, c. 372.
The Proceedings Against the Crown Act, R.S.M. 1970, c. P140.
The Proceedings Against the Crown Act, R.S.S. 1978, c. P-27.

Commission de réforme du droit du Canada

Law Reform Commission of Canada

l'immunité d'exécution

SÉRIE DROIT ADMINISTRATIF

DOCUMENT D'ÉTUDE

Canada

L'IMMUNITÉ D'EXÉCUTION

Série droit administratif

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1987
N° de catalogue J32-3/38
ISBN 0-662-54292-4

L'IMMUNITÉ D'EXÉCUTION

Série droit administratif

Un document d'étude préparé à l'intention de la

Commission de réforme du droit du Canada

par

Me Daniel Mockle, LL.B., D.E.A., LL.D.

Table des matières

INTRODUCTION 1

CHAPITRE UN : La consécration d'un privilège exorbitant 5

Section I : La reconnaissance explicite de l'immunité d'exécution 5

I. La double nature du fondement 5
A. La codification législative 5
B. La reconnaissance de la situation spéciale de l'État 6
1. Le monopole de la contrainte 9
2. La règle de l'autorisation budgétaire 9
3. L'idée de prééminence spéciale 11
a) La primauté de l'Exécutif 13
b) La prépondérance de l'intérêt général 13

II. L'interprétation favorable de la jurisprudence 14

Section II : L'absence de garanties en matière d'exécution 15

I. Le phénomène de l'inexécution 20
A. Les limites du système actuel 21
B. Typologie des ripostes de l'Administration 21
1. La résistance ouverte 23
2. La résistance passive 23
a) Le retard 25
b) L'exécution incomplète 25
3. La recherche d'une alternative 26
a) Le procédé de la validation 26
b) La reprise de l'acte annulé 27
c) La modification unilatérale de la situation litigieuse 30

II. L'inefficacité des moyens de substitution 32
A. Les remèdes passifs 34
1. L'autorité de chose jugée 34
2. Le jugement déclaratoire 35
B. La contestation active 37
1. Les recours de nature mandatoire 39
a) Les difficultés relatives à l'utilisation de l'injonction 39
i) Les cas d'ouverture 40
ii) Les critères de recevabilité 40
b) Les limites du mandamus 42
2. Les moyens de nature punitive 43
45

a) L'outrage au tribunal 45
b) Les dommages-intérêts 48

Conclusion du chapitre un 50

CHAPITRE DEUX : La réévaluation de l'immunité d'exécution 53

Section I : L'existence d'un courant favorable au changement 53

I. Les solutions étrangères 54
A. La situation en droit américain 54
1. La pérennité du principe d'immunité de l'État (*Sovereign Immunity*) 54
2. Les prémisses de la réforme californienne 58
B. La réforme française de 1980 60
1. L'admission de l'astreinte en matière administrative 61
a) La nature spéciale de l'astreinte 61
b) Les modalités d'application 63
2. L'évaluation de l'astreinte pour les fins d'une réforme canadienne 64
a) L'inexistence de l'astreinte en droit canadien 65
b) L'intérêt d'un rapprochement avec la procédure d'outrage au tribunal 65

II. Les appréciations doctrinales 67

Section II : Le respect des réalités contemporaines 68

I. Essai de problématique 69
A. Les écueils de la tendance égalitaire 70
B. L'adaptation à la nature des activités administratives 73
1. La recherche d'une distinction finaliste 74
2. Les critères de différenciation 77

II. La reconnaissance d'un droit à l'exécution 78
A. L'inventaire de nouvelles solutions 79
1. Les moyens détournés 79
2. L'intérêt d'une contrainte plus directe 82
a) La légitimité de la contrainte 82
b) Sanction pénale ou civile? 83
B. Les modalités de changement 84
1. La recherche de l'exécution effective 85
2. Le cas particulier de la compensation 89

Conclusion du chapitre deux 93

CONCLUSION GÉNÉRALE ET RECOMMANDATIONS 95

BIBLIOGRAPHIE 105

TABLE DE JURISPRUDENCE 113

TABLE DES LOIS 117

Introduction

Dans le but de procéder à une réévaluation globale du statut juridique de l'Administration fédérale, la Commission de réforme du droit du Canada a publié en juillet 1985 le document de travail nº 40 (Canada, CRDC, 1985). Il ne s'agissait que d'une étape préliminaire en vue de formuler quelques principes généraux susceptibles d'orienter plusieurs monographies. Ce document sur l'immunité d'exécution constitue la première étude détaillée portant sur un sujet précis. Dans le cadre du document de travail nº 40, la Commission n'avait pas hésité à faire allusion aux difficultés rencontrées dans le domaine de la responsabilité délictuelle et de l'exécution des jugements. Elle avait clairement précisé qu'il s'agissait de simples spéculations en vue d'identifier certains problèmes, et également, en vue d'illustrer la nature des orientations qui pourraient éventuellement être retenues. Délaissant le domaine des hypothèses, ce document d'étude tente d'explorer plus en profondeur les divers problèmes relatifs à l'immunité d'exécution.

Le choix d'un pareil thème peut paraître étonnant, alors qu'en comparaison, d'autres privilèges actuellement détenus par l'Administration fédérale semblent soulever des difficultés plus pressantes. L'étude des faits révèle que cette immunité spéciale en matière d'exécution n'entraîne aucun problème majeur. L'Administration fédérale se montre généralement respectueuse des décisions rendues par les tribunaux. Le but de cette étude doit être recherché ailleurs.

Rappelons d'abord que ce document s'insère dans un vaste programme de recherches. En choisissant de procéder à une réévaluation critique du statut juridique de l'Administration fédérale, la Commission de réforme du droit du Canada entend accomplir un travail exhaustif dans ce domaine. Pour tenter de moderniser et d'actualiser ce secteur du droit, ce document est indispensable, peu importe la nature des problèmes rencontrés. Seul le fait qu'il constitue la première monographie peut susciter quelques interrogations.

Ce choix relève essentiellement de la nature même de l'immunité qui est en cause, et de l'impact que pourrait éventuellement avoir sa modification sur la réévaluation des autres privilèges de l'Administration. L'immunité d'exécution apparaît comme l'un des privilèges les plus redoutables dans une perspective de réforme du droit. En donnant l'apparence d'être invulnérable, elle représente un défi majeur dans le cadre des recherches entreprises par la Commission. En effet, c'est dans celle-là que s'ancre la conviction du caractère forcément distinct du droit applicable aux autorités étatiques, les solutions générales du droit commun paraissant exclues d'office. Les autorités fédérales et provinciales peuvent revendiquer une immunité complète en matière d'exécution forcée, ce qui a pour effet de les mettre à l'abri, en principe, de la confiscation, de la destruction et du démantèlement, du déplacement d'autorité, de la rétention, du séquestre, de l'apposition de scellés, des saisies avant et après jugement, de la fouille et de la perquisition, de la confection d'inventaires, de la vente forcée, des cessions par voie de droit, de la saisie en mains tierces, de l'interrogatoire après jugement, de la reddition de comptes, de l'expulsion, de la mainmise et de la main-

forte, de l'exécution provisoire, du possessoire, de la nomination de curateurs, de la remise de cautions, de la saisie-exécution, et enfin, de l'injonction.

L'immunité dont jouit l'Administration fédérale en étant associée au statut spécial de la Couronne apparaît comme un bloc homogène. En effet, toute utilisation de la force publique est exclue pour l'exécution des jugements prononcés contre elle. Cette exception se retrouve à toutes les phases de l'instance contentieuse. L'adoption de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions* ne remet pas fondamentalement en cause l'unité de cette immunité puisque cet élargissement est en réalité dirigé contre les fonctionnaires et agents de l'Administration, et non pas contre la Couronne elle-même. L'admission du principe de saisie-arrêt est d'autant plus relative que cette loi précise à l'article 18 que «[l]e jugement rendu contre Sa Majesté à la suite d'une saisie-arrêt pratiquée sous le régime de la présente partie n'est pas susceptible d'exécution forcée». Autrement dit, Sa Majesté est obligée de verser à un créancier le salaire d'un de ses employés, mais elle ne peut y être contrainte en aucune façon. Étrange loi où l'admission d'une mesure d'exécution forcée se solde en définitive par l'exclusion de toute exécution forcée!

L'immunité d'exécution appartient au noyau dur des privilèges étatiques, à ceux pour lesquels toute modification semble exclue d'emblée. En s'efforçant de réévaluer dans une perspective nouvelle ce qui peut apparaître comme un privilège invulnérable, cette étude entend créer un précédent. Son principal objectif est de rationaliser un droit qui ne fait trop souvent que refléter des privilèges acquis. Toute tentative de modernisation du statut juridique de l'Administration doit éviter de buter sur des obstacles de ce type pour envisager le maximum de solutions.

Ces obstacles sont loin d'être négligeables. Derrière une certaine rhétorique juridique, cette immunité reflète une conception précise de l'État et de l'Administration. Non seulement ces derniers se voient reconnaître le monopole de la contrainte et de la force organisée, mais en plus, leur prééminence spéciale se trouve renforcée par leur exclusion du champ d'application de cette contrainte. Cette exception repose sur le principe de l'absurde, l'Administration ne pouvant utiliser contre elle-même cette contrainte dont elle a le monopole. En effet, que ce soit dans l'utilisation de moyens de police judiciaire ou de police administrative, la police est l'Administration. L'autorité de chose jugée reste dès lors une garantie supplétive de nature essentiellement juridique. En vertu du principe de légalité (*Rule of Law*), l'Administration tout entière doit normalement se conformer aux actes émanant des autorités législative et judiciaire. Faut-il en conclure que cette garantie est suffisante pour faire l'économie d'une réforme? Si l'Administration se plie de bonne ou mauvaise grâce au verdict d'un magistrat, le caractère exorbitant de l'immunité actuelle n'aurait qu'une portée relative.

Pour plusieurs pays occidentaux, l'immunité d'exécution est un problème d'actualité. Tant en France qu'en Grande-Bretagne, on a relevé de nombreux exemples où l'Administration a refusé, par divers moyens, de respecter le contenu d'une décision juridictionnelle. Faute d'études similaires au Canada, faut-il en conclure que l'Administration fédérale se conforme en tout point aux ordres des tribunaux? Peu importe en définitive, car ce qui compte avant tout, c'est la pertinence même de l'immunité d'exécution dans le contexte actuel. Puisque plusieurs activités administratives présentent indéniablement un caractère industriel et commercial, cette immunité semble inadaptée à la diversité des interventions étatiques. Par souci de modernité, il est important d'adapter le droit à la nature réelle des activités administratives. Par ailleurs, dans des circonstances exceptionnelles, l'Administration pourrait fort bien

invoquer la raison d'État ou un quelconque motif d'intérêt général pour éluder la décision d'un juge. Théoriquement, elle peut le faire par l'entremise du régime juridique de la Couronne. La simple présence de cette hypothèse constitue une raison suffisante pour reconnaître aux administrés des garanties tangibles. Rien ne permet pour le futur, de présumer de la bonne ou mauvaise conduite de l'Administration. Le caractère exorbitant de l'immunité actuelle doit être réévalué à la lumière de critères nouveaux.

Dans une perspective de réforme, plusieurs avenues sont ouvertes. Entre le simple assujettissement au régime général et le maintien de l'immunité actuelle, des régimes spéciaux peuvent favoriser une solution de compromis. En effet, comment concilier les nécessités de bon fonctionnement de l'Administration avec les impératifs de justice revendiqués par ceux qui ont payé très cher pour obtenir la reconnaissance judiciaire de leurs droits? L'idée de démocratie administrative et de soumission de l'Administration au droit implique-t-elle nécessairement un régime juridique du même type que celui réservé aux individus? Au contraire, ne faudrait-il pas que l'Administration ne puisse être contrainte d'aucune façon pour atteindre certaines fins dites d'intérêt général? Autant de questions complexes auxquelles il est difficile d'apporter des réponses catégoriques.

Dans le but de résoudre des dilemmes de ce type, le document de travail nº 40 (Canada, CRDC, 1985) propose quelques orientations fondamentales. Ainsi, les privilèges et immunités traditionnellement reconnus à la Couronne bénéficient avant tout au Gouvernement et à l'Administration. Notre réflexion est donc résolument orientée vers l'Administration elle-même et non pas vers cette entité supra-légale qu'est la Couronne. Cette approche permet de recentrer le débat sur les réalités propres au fonctionnement de toute Administration moderne. Il s'agit d'évaluer à leur juste mesure les intérêts en présence, notamment ceux des administrés et de l'Administration, si l'on entend dégager des solutions davantage conformes aux réalités sociales et économiques.

L'orientation générale de cette recherche ne fait dès lors aucun doute. Il s'agit de favoriser l'apparition de certaines garanties en faveur des administrés tout en collant davantage à la nature réelle des activités administratives. À titre préliminaire, il n'en reste pas moins indispensable d'identifier les principales difficultés du régime actuel. Le premier chapitre est donc consacré à un exposé de la situation actuelle (Chapitre un : *La consécration d'un privilège exorbitant*). Le deuxième est davantage orienté vers des modalités de changement à la lumière de certaines expériences étrangères (Chapitre deux : *La réévaluation de l'immunité d'exécution*). Au Canada, ces préliminaires théoriques sont d'autant plus importants qu'il n'existe en apparence aucune recherche approfondie sur ce sujet.

CHAPITRE UN
La consécration d'un privilège exorbitant

Seule cette partie de l'Administration fédérale qui bénéficie du statut juridique de la Couronne peut revendiquer une immunité complète en matière d'exécution forcée. Celle qui «n'est pas la Couronne» peut faire l'objet de mesures d'exécution forcée comme tous les individus. En droit positif, il a donc été nécessaire de préciser expressément la nature du régime distinct reconnu à la Couronne. Cette reconnaissance se manifeste de deux façons. Le législateur et le juge l'ont d'abord consacrée de façon explicite (Section I : *La reconnaissance explicite de l'immunité d'exécution*). En ce sens, elle apparaît comme une interdiction formelle de recourir à des moyens d'exécution forcée. Sur un autre plan, davantage pratique et matériel, cette immunité rend très aléatoire le recours à des moyens de substitution, tels le jugement déclaratoire ou l'autorité de chose jugée, pour obliger la Couronne à respecter un jugement. Ces moyens semblent d'autant plus inadaptés que l'Administration est souvent en mesure de créer une situation nouvelle, de fait ou de droit, susceptible de rendre complètement illusoire l'idée même d'exécution (Section II : *L'absence de garanties en matière d'exécution*). Perçu dans sa globalité, le phénomène de l'inexécution semble ainsi difficile à cerner avec précision.

Section I : La reconnaissance explicite de l'immunité d'exécution

L'existence de l'immunité d'exécution ne fait aucun doute. Comme elle est formulée en termes explicites, il est difficile de pouvoir la remettre directement en cause, ce qui explique que les juges en aient généralement donné une interprétation favorable. Toutefois, une analyse qui se bornerait à énumérer les dispositions et les jugements qui en font état donnerait une image un peu courte de ce qu'est véritablement un fondement. Derrière les apparences formelles, il existe des fondements plus subtils liés à une certaine conception de l'Administration et de l'État. Contenus plus ou moins confusément au sein de la notion de Couronne, ils permettent de justifier par l'idée de supra-légalité la prééminence spéciale de l'État.

I. *La double nature du fondement*

L'immunité d'exécution repose d'abord sur un fondement de nature textuelle. Reconnue explicitement par diverses dispositions législatives, elle apparaît désormais comme une simple codification d'un droit coutumier. Ce dernier n'en conserve pas moins une grande importance puisque l'idée même de coutume permet de comprendre

certaines justifications qui n'apparaissent pas à la seule lecture de la loi. La coutume, le common law en l'occurrence, est en effet le produit d'une évolution complexe où certains arguments de pure légalité restent indissociables de considérations plus subjectives. En accordant à l'Administration du Roi des privilèges spéciaux, la coutume britannique n'aurait-elle fait que reconnaître la prééminence spéciale d'une importante partie de la fonction administrative? La différenciation s'expliquerait dès lors par des arguments politiques liés à la nature des institutions.

A. La codification législative

Même si elle est codifiée, l'immunité d'exécution n'acquiert sa pleine signification que par un rappel de son origine médiévale. À l'époque où la personne du Monarque se confondait avec l'État, tous les biens «publics» lui appartenaient en propre[1]. Son domaine personnel, et plus généralement tout ce qui relevait de l'exercice de son *Dominium*, échappaient à l'application du droit commun en matière d'exécution forcée. À l'origine, «le service de Sa Majesté» ne devait être perturbé d'aucune façon, pas plus qu'elle ne pouvait être troublée dans la jouissance de ses biens. Dans un système juridique qui n'a jamais reconnu l'existence de l'État ou de l'Administration, cette immunité a continué tout bonnement d'être rattachée à la Couronne. Les distinctions entre domaine public ou privé, personne physique ou morale, chef d'État ou Couronne, n'ont aucune importance en cette matière. La plupart des biens de l'État relèvent encore de la Couronne sans distinction de finalités ou de fonctions, ce qui explique le caractère général et absolu de l'immunité d'exécution. C'est justement parce que la Couronne continue d'incarner l'État en ses diverses composantes que toute possibilité de changements semble exclue[2]. Dans son ouvrage classique, Chitty reflète ce travers en référant directement à la personne du Roi : [TRADUCTION] «Même lorsqu'un sujet obtient gain de cause après avoir intenté une action contre le Roi, les biens de Sa Majesté ne peuvent être saisis en exécution du jugement» (1820, p. 376).

Le recul du temps joue évidemment en sa défaveur, puisque dans l'Angleterre du début du dix-neuvième siècle, il est pour le moins aléatoire de s'attendre à des distinctions entre État et Couronne ... En toute rigueur, la définition qu'il propose apparaît néanmoins trop étroite. Son exposé de la règle de common law se limite aux cas de saisie sur des biens, alors qu'en réalité, l'immunité dont jouit la Couronne est plus étendue. À cet égard, la codification britannique de 1947 apparaît plus conforme à l'état réel du common law quand elle dispose qu'un tribunal ne peut ordonner aucune mesure d'exécution ou saisie-arrêt «ou toute autre mesure de cette nature» pour obtenir le paiement par la Couronne de toute somme d'argent (Article 25 du *Crown Proceedings Act, 1947*). Encore ici, la formulation de cette immunité reste incomplète puisqu'elle se limite à des condamnations pécuniaires. En réalité, la Couronne ne peut être contrainte pour quoi que ce soit, notamment pour des obligations de faire ou de ne

---

1. [TRADUCTION] «L'influence la plus marquante de ces notions féodales se manifeste sans doute dans la confusion voulue entre les droits de propriété et les droits de la Couronne ... Aucune distinction n'est faite entre les biens personnels du Roi et les biens qu'il détient en vertu de sa couronne» (Holdsworth, 1966, p. 462).

2. Sur la survie du principe unitaire, voir Canada, CRDC, 1985, p. 6.

pas faire. L'idée de *specific performance* inclut d'ailleurs toutes les hypothèses où un tribunal pourrait ordonner l'exécution d'un acte précis. C'est l'idée même de force et de contrainte unilatérale qui ne peut être associée à un jugement rendu contre la Couronne. En ce sens, la codification canadienne de 1953 traduit mieux la nature réelle de cette immunité en précisant qu' ... «[a]ucune mesure d'exécution forcée ne peut être prise sur un jugement rendu contre la Couronne en vertu de la présente loi» (Paragraphe 17(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*). Cette disposition est complétée par l'article 6 qui dispose que :

> Rien dans la présente loi n'autorise des procédures in rem relativement à une réclamation contre la Couronne, *ni la saisie, détention ou vente d'un navire, d'un aéronef, d'un chargement ou d'autres biens appartenant à la Couronne*, ni ne confère à qui que ce soit un privilège sur un navire, un aéronef, un chargement ou d'autres biens de la Couronne[3]. [C'est nous qui soulignons]

Ces formulations ont toutefois le défaut d'être trop polarisées sur des problèmes de responsabilité délictuelle. Il n'est donc pas étonnant que le législateur ait renchéri en 1970, en indiquant au paragraphe 56(5) de la *Loi sur la Cour fédérale* : «Un jugement rendu par la Cour contre la Couronne n'est pas un jugement exécutoire». Ce privilège peut donc être invoqué en Cour fédérale peu importe la nature du litige. Ce qu'il faut surtout retenir de ces interventions législatives, c'est qu'au Canada, l'immunité traditionnelle de la Couronne contre les voies ordinaires de l'exécution forcée donne l'apparence d'être entièrement codifiée, et qu'elle conserve encore une portée absolue.

Ces dispositions fondamentales de droit fédéral sont complétées par un bloc homogène de dispositions provinciales qui vont dans le même sens. Au Québec, l'article 94.9 du *Code de procédure civile* favorise la Couronne en excluant l'interrogatoire après jugement, l'exécution provisoire, les saisies, l'exécution forcée, les ventes, enchères et adjudications. Tout ce qui s'applique normalement aux litiges entre individus dans la phase finale de l'instance contentieuse ne peut servir à l'exécution d'un jugement rendu contre la Couronne.

Dans les provinces anglo-canadiennes, la situation est identique. Chaque loi relative à la Couronne contient une disposition assez stéréotypée qui exclut d'emblée toute mesure d'exécution forcée. Par exemple, l'article 25 de la loi ontarienne sur les actions contre la Couronne (*Proceedings Against the Crown Act*) dispose qu' ... [TRADUCTION] «aucune mesure d'exécution, de saisie ou autre procédure de même nature ne peut être prononcée par un tribunal quelconque contre la Couronne». On retrouve également dans toutes les autres lois provinciales une précision limitant l'exclusion de l'exécution forcée aux condamnations pécuniaires («... ne peut être délivré par un tribunal pour forcer la Couronne à payer ces sommes ou ces dépens»)[4].

---

3. De façon générale, cette formulation exclut les procédures *in rem* contre la Couronne. Dans la tradition de common law, les procédures *in rem* visent les biens de toute nature. Comme l'exécution forcée et la contrainte sont exclues contre la Couronne, nous sommes donc justifiés à en déduire que toute action visant à la restitution forcée ou au démantèlement d'un ouvrage public appartenant à Sa Majesté est irrecevable. L'immunité d'exécution ne se traduit pas seulement par l'impossibilité de recourir aux modes traditionnels de l'exécution forcée, mais fait également obstacle à l'utilisation de la force publique. Pour les immeubles publics, il y aurait ainsi analogie avec la règle française «ouvrage public mal planté ne se détruit pas». Voir Di Qual, 1964 et Blaevoet, 1965.

4. Voir, par exemple, Nouveau-Brunswick : *Loi sur les procédures contre la Couronne*, par. 17(6); Alberta : *Proceedings Against the Crown Act*, art. 25; Manitoba : *The Proceedings Against the Crown Act*, par. 19(6).

Du moins en apparence, car invariablement une autre disposition précise que [TRADUCTION] «le tribunal ne peut, à l'encontre de la Couronne, prononcer une injonction ou rendre une ordonnance d'exécution en nature, mais peut à la place rendre une ordonnance déclaratoire des droits des parties[5]». En vertu de ces dispositions, un jugement rendu contre la Couronne ne peut être que déclaratoire et non pas attributif de droit, ce qui a pour effet d'étendre encore plus le champ de cette immunité spéciale. En effet, ce n'est pas seulement l'idée de contrainte qui est rejetée, mais également la notion de décision exécutoire. Le jugement rendu contre la Couronne se résume à un acte récognitif par lequel le tribunal reconnaît l'existence et l'étendue d'une obligation, lequel acte se trouve privé en définitive de l'élément décisoire qui concourt à la définition de l'acte juridictionnel classique. Sur le plan provincial, la position déjà avantageuse de la Couronne fédérale se trouve singulièrement renforcée au profit d'un statut exorbitant. Faut-il en conclure que ce caractère déclaratoire des jugements ne peut être revendiqué que par les autorités provinciales?

Faute de disposition fédérale expresse à cet effet, les apparences pourraient le laisser présumer. Lorsque le paragraphe 56(5) de la *Loi sur la Cour fédérale* précise : «Un jugement rendu par la Cour contre la Couronne n'est pas un jugement exécutoire», il est possible d'en déduire, a contrario, que ce jugement ne peut être que déclaratoire, ce genre de déduction n'étant pas toutefois très rigoureux. En effet, l'article 44 de cette même loi indique que la Cour fédérale «peut accorder un *mandamus*, une injonction ou une ordonnance d'exécution intégrale ou nommer un séquestre dans tous les cas où il lui paraît juste ou convenable de le faire» sans préciser pour autant le statut de la Couronne en la matière. Comme le paragraphe 56(5) le contredit directement pour le cas précis de l'exécution, il est tout à fait vraisemblable que l'ensemble de cette disposition ne s'applique pas à la Couronne. Cette hypothèse est renforcée par la règle 605 des *Règles de la Cour fédérale* qui précise qu'un jugement rendu contre la Couronne est une déclaration selon laquelle la personne privée a droit à un redressement. Tant au niveau provincial que fédéral, la Couronne ne peut donc se voir opposer que des jugements ayant une valeur déclaratoire. En matière d'exécution forcée, la position privilégiée de la Couronne fédérale est la même devant tous les tribunaux du pays.

Outre ces dispositions fondamentales, il existe aussi des dispositions complémentaires de niveau fédéral. Par exemple, l'article 18 de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions* dispose que «[l]e jugement rendu contre Sa Majesté à la suite d'une saisie-arrêt pratiquée sous le régime de la présente partie n'est pas susceptible d'exécution forcée». Toujours au chapitre des immunités spéciales, il faut signaler aussi le paragraphe 40(1) de la *Loi sur le Conseil des ports nationaux* qui énonce : «Aucune exécution ne doit être émise en vertu d'un jugement contre le Conseil pour le paiement de deniers». Ces exemples peuvent être facilement multipliés, notamment en matière

5. Voir, en ce sens, Nouvelle-Écosse : *Proceedings against the Crown Act*, par. 15(2); Île-du-Prince-Édouard : *Crown Proceedings Act*, par. 15(4); Saskatchewan : *The Proceedings against the Crown Act*, par. 17(2).

d'insaisissabilité de pensions ou de prestations[6]. De plus, en vertu des articles 10 et 11 de la *Loi sur l'immunité des États*, les États étrangers disposent au Canada d'une immunité en matière de saisies et d'exécution forcée, sauf, et ce qui est très important, pour leurs activités commerciales[7]. De même, en vertu de l'article 17 de la *Loi sur les forces étrangères présentes au Canada*, les militaires étrangers jouissent d'une immunité complète en matière d'exécution forcée. Il en va sensiblement de même pour les militaires canadiens en vertu de l'article 225 de la *Loi sur la défense nationale*.

B. La reconnaissance de la situation spéciale de l'État

Malgré la clarté de leur formulation, ces diverses dispositions législatives ne sauraient à elles seules constituer un véritable fondement. Il faut plutôt le rechercher dans les principes justificatifs qui déterminent et légitiment une réalité juridique. La coutume peut certes constituer un fondement, mais là encore, le simple poids de l'histoire et des institutions ne peut constituer à lui seul une explication satisfaisante. Les règles d'origine coutumière ne peuvent se perpétuer que parce qu'elles reposent sur certaines appréciations subjectives liées plus ou moins confusément à la nature des choses. C'est en effet une situation matérielle (la réalité sociale) qui concourt à la formation d'une règle coutumière et tant que dure la croyance en sa validité (l'adhésion psychologique à la règle), rien ne semble mettre en cause l'existence de cette règle. Au-delà du simple écoulement du temps, elle apparaît directement déterminée par une situation spéciale qui exige apparemment une règle tout aussi spéciale. Pour l'immunité d'exécution, il s'agit donc de s'interroger sur les faits et les motifs qui déterminent la reconnaissance d'une situation prétendument exceptionnelle. Or, dans ce domaine, cette reconnaissance semble surtout le produit d'arguments péremptoires.

1. Le monopole de la contrainte

Indépendamment de toute idée de prééminence spéciale de l'État, l'immunité d'exécution repose sur des arguments qui semblent exclure a priori toute possibilité d'objections. La preuve par l'absurde en est sans doute le plus important. Elle repose sur l'idée qu'il serait complètement absurde de soumettre l'État, détenteur exclusif de la puissance publique, à son propre pouvoir de contrainte. Comme le signalait au début de ce siècle Robertson, [TRADUCTION] «Le Roi ne peut, par son propre *writ*, se donner d'ordres à lui-même» (1908, p. 2). Même de nos jours, plusieurs sourient à l'idée que

---

6. Voir : par. 30(1) de la *Loi sur les indemnités de service de guerre*; art. 17 de la *Loi sur les allocations aux anciens combattants*; par. 18(1) de la *Loi sur le ministère des Transports*; art. 25 de la *Loi de stabilisation concernant le grain de l'Ouest*; art. 8 de la *Loi sur l'assistance à l'agriculture des Prairies*; art. 9 de la *Loi sur la pension de la Fonction publique* (amendé express. par l'art. 39 de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions*); par. 8(6) de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* (amendé express. par l'art. 41 de la *Loi sur la saisie-arrêt*...); par. 8(6) de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* (amendé express. par l'art. 43 de la *Loi sur la saisie-arrêt* ...); art. 9 de la *Loi sur l'indemnisation des marins marchands*; par. 23(4) de la *Loi sur les pensions*.

7. Concernant cette loi, voir notamment Turp, 1982-83. Cette communication présente d'intéressantes références sur les problèmes pratiques et théoriques relatifs à cette immunité des États dans les systèmes nationaux. Voir, en ce sens, Sucharitkul, 1976; Vincke, 1969; Dresler, 1978.

l'État puisse utiliser ses propres forces de police pour se contraindre à faire ou à ne pas faire. Cet argument n'est pas à prendre à la légère puisque l'État est effectivement le détenteur exclusif de la contrainte organisée par le biais de l'Armée et des forces policières[8].

L'existence de compagnies privées assurant des services de sécurité et de gardiennage ne remet pas fondamentalement en cause ce monopole. En effet, ces services n'existent que parce que l'État le veut bien et leur fonctionnement reste tributaire de l'approbation des autorités publiques. L'idée même de contrainte institutionnelle ou de force organisée procède essentiellement de l'État[9]. En proclamant que nul ne peut se faire justice à soi-même, le droit rappelle implicitement l'existence de cette réalité. L'État apparaît comme le titulaire exclusif de la puissance de commandement, de cette puissance dominatrice que des juristes comme Dicey voulaient limiter essentiellement aux pouvoirs législatif et judiciaire. Or, par sa nature même, cette fonction contraignante est surtout l'apanage de l'Exécutif et de l'Administration puisqu'eux seuls peuvent en assurer l'exécution matérielle. De plus, il y a dans l'idée même de force un élément d'appréciation discrétionnaire et d'adaptation aux circonstances particulières que seule la fonction exécutive peut remplir correctement. Ce fait explique en partie que les tribunaux, malgré leur pouvoir décisionnel, n'aient jamais eu la possibilité de contraindre directement les individus. Ils peuvent certes ordonner l'application de cette contrainte, ce qui est déjà considérable, mais pour la mise en œuvre de la force publique, le recours à des intermédiaires reste indispensable.

Dans la mesure où plusieurs juristes assimilent la notion de Couronne à l'État et à l'Exécutif[10], c'est cette institution qui apparaît en dernier ressort comme le point d'origine de cette force contraignante. Ce rapprochement n'est pas fortuit puisque, autrefois, le Monarque était à titre personnel le détenteur exclusif de la force publique (c'est l'*Imperium*). Ce pouvoir se perpétue encore sous le régime de la prérogative royale par l'existence du pouvoir exclusif de commandement des Armées. La Couronne constitue donc une fiction légale d'où procède, au sens matériel, la puissance contraignante de l'État, tout comme le sont, pour le droit administratif français, la notion de puissance publique, ou pour le droit administratif allemand, la notion de puissance administrative (*Eingriffsverwaltung*). Cette constatation est valable également pour le pouvoir judiciaire puisque, historiquement, les tribunaux étaient d'abord les tribunaux du Roi. Loin d'être en opposition avec les pouvoirs reconnus aux tribunaux, le pouvoir contraignant du Roi est la garantie tangible sur laquelle s'appuie l'autorité matérielle du pouvoir judiciaire.

Dans une perspective historique, la Couronne est donc garante de l'indépendance et de l'autorité du pouvoir judiciaire. Cette simple observation permet de comprendre

---

8. Dans une affirmation qui reste valable pour la plupart des États contemporains, Vedel et Delvolvé rappellent que :

> Ni les tribunaux ni les citoyens ne disposent de la force armée et si l'exécutif est, en principe, tenu d'apporter son concours à l'exécution des jugements et des actes nantis de la formule exécutoire, c'est sous sa responsabilité et sous son autorité directe. Le pouvoir exécutif a ainsi pour essence d'exercer dans l'État la contrainte organisée. Il n'est pas seul chargé de l'exécution des lois, mais seul il peut user de la force pour assurer cette exécution. (1982, p. 57)

9. «Le droit de la force publique ... dégage une idée de puissance et de pouvoir qui s'identifie avec le concept même de l'État» (Hirt, 1954, p. 968).

10. Voir Hogg, 1977, p. 164; Griffith et Street, 1973, p. 246; le juge Beetz dans *Le procureur général de la province de Québec* c. *Labrecque*, p. 1082; Laskin, 1969, p. 117-119.

la difficulté liée au renversement de ce rapport d'autorité, les tribunaux n'ayant pas le droit d'intimer une conduite à la Couronne. Même si l'évolution du droit britannique montre que les pouvoirs du Parlement et des tribunaux ont été graduellement arrachés au Monarque, ce dernier n'en conserve pas moins une prééminence spéciale.

Même si la Couronne a perdu l'essentiel de ses pouvoirs juridictionnels et «législatifs» (ordonnances royales), il ne faut pas oublier qu'elle reste l'autorité ultime et que toutes les composantes de l'État en procèdent. Ce fait s'explique par la formation historique de la notion d'État à l'époque médiévale, le Monarque s'étant progressivement emparé de tous les pouvoirs (législation, justice, police, allégeance) éparpillés dans la féodalité. Faut-il en conclure que la Couronne est l'unique détentrice d'une force illimitée qui précède et domine toutes les fonctions de l'État? Assurément non. La puissance étatique est juridiquement limitée par le principe de légalité (Préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982*). En ce sens, il n'y a pas simplement autolimitation d'un pouvoir inconditionné au sein de l'État : «l'État ne se limite point, il naît limité[11]». Ce n'est qu'en périodes de crise ou d'urgence que de telles limites peuvent s'effacer au profit d'une appréciation discrétionnaire de cette puissance contraignante. Des événements de cette nature permettent de remonter à la source même de cette puissance via l'Administration et le Gouvernement. Même si pour l'utilisation ordinaire de cette force, il faut respecter les limites générales de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette puissance contraignante n'en reste pas moins une réalité autonome contenue confusément au sein de la notion de Couronne. En étant associée au régime juridique de la Couronne, une partie importante de l'Administration fédérale échappe ainsi, du moins en théorie, à l'empire de toute contrainte. Pourtant, et c'est ce qui est paradoxal, les principes de légalité et de séparation des pouvoirs exigent justement la soumission de l'Administration au contrôle judiciaire.

À côté du fondement historique et coutumier, se dégage ainsi un autre fondement qui relève d'une conception néo-positiviste de l'État. Telles les prémisses d'un syllogisme, cette règle peut s'énoncer ainsi :

1. Tout recours à la force publique est exclu contre l'État (Majeure).
2. Or, la Couronne symbolise l'État. Elle est notamment la détentrice ultime de sa puissance contraignante (Mineure).
3. Donc, la Couronne ne peut être contrainte en aucune façon (Conclusion).

Ce type de fondement apparaît comme le plus redoutable. Il est celui contre lequel vient se briser, en dernier ressort, toute tentative de modification de l'immunité qui nous occupe, puisqu'il est l'illustration d'une rationalité supérieure et péremptoire, laquelle laisse entendre qu'il est absurde que la Couronne puisse être contrainte par sa propre puissance à une obligation de faire ou de ne pas faire.

2. La règle de l'autorisation budgétaire

La règle de l'autorisation budgétaire n'est assurément pas un fondement. Elle procède toutefois, de façon directe, de l'idée même de fondement puisqu'elle est

11. «L'État est limité par le droit parce que sa puissance elle-même est juridiquement conditionnée par l'idée de droit qui le légitime» (Burdeau, 1949, p. 286).

déduite des principes de légalité et de séparation des pouvoirs. En théorie, l'Administration ne peut agir que sur autorisation parlementaire. L'Administration ne pourrait donc respecter un jugement qui la conduirait à commettre des actes illégaux.

Cette règle de l'autorisation budgétaire exige l'existence préalable de deniers autorisés par le Parlement pour que l'Administration puisse faire des dépenses valides (Garant, 1985, p. 373). Historiquement, cette règle visait expressément la Couronne (Campbell, 1969, p. 138; Street, 1949). Même si la *Loi sur l'administration financière* contient de nombreuses allusions au pouvoir de dépenser de Sa Majesté (art. 25, 33 et 36), cette règle de l'autorisation budgétaire s'applique désormais à l'ensemble de l'Administration, même à celle qui n'est pas mandataire de la Couronne (art. 19).

Dans la perspective de l'exécution d'un jugement, l'Administration peut opportunément se réfugier derrière cette exigence pour refuser un paiement qui n'a pas été préalablement autorisé. Le respect de la légalité, celle de l'autorité de chose jugée, la conduirait donc à commettre un acte illégal (Le Brun et Déom, 1983, p. 268). Cette possibilité d'échappatoire va plus loin que les condamnations pécuniaires. L'Administration est financièrement contrainte pour l'ensemble de ses opérations. Si le tribunal la condamne à s'exécuter, elle pourrait prétendre que l'obligation qui lui incombe dépasse le cadre normal de ses activités, d'où des frais et des dépenses supplémentaires. La règle de l'autorisation budgétaire serait dans cette hypothèse tout aussi rédhibitoire.

L'autorisation budgétaire est-elle aussi contraignante qu'on voudrait bien le laisser entendre? [TRADUCTION] «À travers le Commonwealth, la pratique courante veut que le législateur, dans les lois autorisant des poursuites contre la Couronne, précise que les jugements obtenus contre celle-ci ne peuvent être exécutés que moyennant des crédits votés par le Parlement» (Street, 1949, p. 40; voir également Stewart, 1979, p. 818). Pour normaliser et simplifier le processus de paiement des jugements, ces lois précisent généralement que le ministre des Finances peut ou doit payer à même les fonds publics les sommes d'argent adjugées par un tribunal. Dès lors, faut-il croire que des formulations de ce type peuvent servir d'autorisation parlementaire pour des dépenses qui, initialement, n'étaient pas prévues? La rédaction de certains articles pourrait en être un indice. Par exemple, le paragraphe 57(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* dispose que «[l]es sommes d'argent ou dépens adjugés à une personne contre la Couronne, dans toutes procédures devant la Cour, doivent être prélevés sur le Fonds du revenu consolidé». L'Administration pourrait donc obtempérer à une condamnation pécuniaire sans aucune autorisation spécifique. Encore faut-il que les autorités soient effectivement tenues de payer, en quel cas pareille formulation n'aurait qu'une valeur indicative sur la manière de prélever les fonds. N'est-ce pas justement le cas du paragraphe 17(2) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* qui semble accorder une appréciation discrétionnaire sur l'opportunité d'un paiement? Il précise : «Sur réception d'un certificat de jugement contre la Couronne ... le ministre des Finances peut autoriser le paiement, sur le Fonds du revenu consolidé, de toute somme d'argent que le jugement accorde à une personne, contre la Couronne, en vertu de la présente loi». Cette disposition n'est pas suffisamment claire sur l'obligation réelle de payer. Le ministre ne peut-il pas se réfugier derrière des impératifs de gestion comptable pour différer le paiement sur un autre exercice financier? De même, pourrait-il imposer un paiement par versements pour ne pas dépasser les limites de certains budgets? Quoi qu'il en soit, l'autorisation budgétaire est susceptible de devenir un obstacle réel là où l'Administration est condamnée à faire une chose. Des travaux supplémentaires ou une remise en état occasionnent facilement des coûts incompatibles avec les ressources budgétaires octroyées pour une année financière.

La portée de l'autorisation budgétaire n'est donc pas aussi claire que l'on pourrait l'espérer. Dans certains cas, elle pourrait éventuellement servir de fondement légal à un refus d'exécution, et à ce titre, il faut la prendre en considération.

3. L'idée de prééminence spéciale

Avec des thèmes comme l'autorisation budgétaire et le monopole de la contrainte, l'immunité d'exécution conserve un caractère apparemment rationnel. Il existe toutefois d'autres arguments, tout aussi puissants, qui nous entraînent davantage vers une certaine conception de l'État. Dans une perspective plus générale, l'immunité d'exécution peut être envisagée comme l'un des attributs de sa souveraineté. Ce n'est pas la souveraineté dans sa dimension externe et inter-étatique qui est en jeu, mais simplement son partage au sein de l'État. Dans les rapports de forces entre institutions, sa signification peut varier considérablement, d'autant qu'en l'absence d'une théorie générale de l'État, certains points restent obscurs. En termes de souveraineté, l'Exécutif et les tribunaux ne jouissent pas du même statut.

a) *La primauté de l'Exécutif*

Encore une fois, l'évolution particulière des institutions britanniques a été déterminante puisque l'histoire montre que le pouvoir judiciaire n'a été associé qu'imparfaitement à cette idée de souveraineté. À l'origine, celle-ci reposait uniquement dans la personne du Monarque. Dans la société médiévale, les juristes des écoles canoniales n'avaient pas hésité à puiser dans les conceptions politiques du Bas-Empire (*Dominium* et *Imperium*) pour imposer cette idée selon laquelle État et Souveraineté coïncidaient forcément dans la personne physique du Roi. Dès lors, la souveraineté présupposait une unité matérielle et conceptuelle qui excluait l'idée de partage. Cette association entre la Couronne et la souveraineté était si forte que même en 1765, Blackstone se permettait d'affirmer que [TRADUCTION] «le droit confère au roi l'attribut de la souveraineté ou de la prééminence» (p. 234). On sait pourtant ce qu'il en advint. Avec les révolutions parlementaires du dix-septième siècle, la Couronne a été forcée de concéder une partie importante de son autorité. Or, ce transfert est un partage et non un dessaisissement complet. En effet, même si ce système est régi par un principe de légalité qui proclame la souveraineté du Parlement et qui subordonne la Couronne à la loi, l'institution royale n'en demeure pas moins la source de toute souveraineté. Conformément à l'orthodoxie, la souveraineté se définit en droit public anglais comme étant *the Queen in Parliament*, expression un peu étrange qui nous renvoie à cette réalité hybride de «la collaboration des pouvoirs» entre l'Exécutif et le législatif[12]. Ce pouvoir, la Couronne en assume encore de nos jours une part essentielle par le jeu de la prérogative royale (de Smith, 1981, p. 145 et s.; Wade et Philipps, 1980, p. 233 et s.). En étant associé à la Couronne, le Gouvernement dispose de pouvoirs propres et de possibilités de contrôle qui en font en définitive le véritable centre du Pouvoir, même si pour des raisons politiques et idéologiques, l'accent a surtout été mis sur le Parlement et les tribunaux. Il s'agit vraiment d'un régime fondé sur la primauté de l'Exécutif.

12. [TRADUCTION] «... nous continuons à parler de lois décrétées par la Reine en son Parlement, de pouvoirs exécutifs exercés par le Gouvernement de Sa Majesté, de justice administrée par les tribunaux de la Reine» (Wade et Phillips, 1980, p. 233).

Si l'on se réfère aux seules exigences théoriques du principe de légalité, la fonction judiciaire occupe une position assez identique à celle de la fonction exécutive. Ce principe ne laisse-t-il pas entendre qu'elle tire son autorité du Parlement? Une étude des fondements constitutionnels du contrôle judiciaire montre que les choses sont en réalité plus complexes. Historiquement, la fonction judiciaire procède de la personne du Monarque, cette filiation n'ayant jamais été rompue de façon radicale. Au départ, la justice était administrée directement par le Roi en sa *Curia Regis* à titre de premier seigneur du Royaume (Turner, 1968, p. 15). La fonction juridictionnelle représente une parcelle de souveraineté puisqu'un juge se voit reconnaître le pouvoir de trancher un litige et de prononcer le droit. Cette fonction s'impose aux individus. Or, s'il est encore manifeste de nos jours que cette autorité procède de la Couronne, la conquête de son indépendance n'a pu être assurée que grâce à l'intervention décisive du Parlement[13]. Même si les tribunaux anglais avaient réussi à obtenir une certaine autonomie avant cette date, leur indépendance n'a pu être garantie véritablement qu'en 1701 avec l'*Act of Settlement* (Strayer, 1983). Les tribunaux n'en dépendent pas moins pour leur fonctionnement administratif et la nomination de leurs juges des volontés de l'Exécutif (Hood Phillips et Jackson, 1978, p. 377), qui est en droit «la Couronne en sa capacité exécutive». Comme l'autorité de la fonction judiciaire repose sur ces deux sources, Couronne et Parlement, les tribunaux ne constituent pas une source indépendante de souveraineté. Cette dernière ne leur est reconnue que pour les besoins spécifiques de leur fonction. Dans une perspective chronologique, la fonction judiciaire ne s'est d'ailleurs affirmée qu'en dernier, après la Couronne et le Parlement.

Ces observations très générales permettent de comprendre que la position respective des organes de l'État diffère considérablement même s'ils participent tous à l'exercice de la souveraineté. Ces différences impliquent une hiérarchisation complexe des rapports. On oublie trop facilement que la fonction judiciaire ne jouit pas du même statut que la Couronne. Les difficultés qu'éprouvent les tribunaux dans le contrôle des actes issus de la prérogative royale le montrent bien. En participant à l'exercice de la souveraineté qui gravite autour de la notion de Couronne, ainsi qu'à son statut, une importante partie de l'Administration se voit reconnaître une prééminence qui vient bouleverser des stéréotypes trop répandus. Cette constatation permet de relativiser davantage les exigences du principe de légalité, lequel postule la soumission de la fonction exécutive au contrôle judiciaire. Lorsque l'Administration bénéficie du statut juridique de la Couronne, elle est associée à l'exercice d'une souveraineté supérieure au sein de l'État et peut dès lors opposer les privilèges et immunités que l'on connaît. Par la reconnaissance d'un tel statut, le législateur désire en fait lui conférer une prééminence spéciale pour l'exercice d'une appréciation ou d'un contrôle qui relèverait en principe de l'Exécutif seul (Canada, CRDC, 1985, p. 18).

b) *La prépondérance de l'intérêt général*

Cette prééminence de l'Administration par Couronne interposée se matérialise par l'exclusion partielle du régime de droit commun. À situation spéciale, règles spéciales ... tout comme si cette idée de différenciation spéciale obéissait à un déterminisme naturel. La régularisation progressive des privilèges royaux a d'ailleurs

13. Pour une vue synthétique de cette évolution qui a culminé au dix-septième siècle après une longue série de luttes entre le Roi et les tribunaux, voir Vallières et Lemieux, 1975-76, p. 270-278.

soulevé de nombreuses difficultés. Même de nos jours, on n'ose pas réellement remettre en cause ce droit d'exception. Faute d'une alternative plus moderne, c'est encore la Couronne qui incarne le principe abstrait de la souveraineté et de l'autorité. Elle représente cette idée de *Ius eminens* par lequel le droit de la puissance étatique apparaît comme prépondérant et supérieur à ceux des individus.

Pour éviter de conférer à cette prééminence un caractère trop absolu ou trop autoritaire, l'argumentation juridique a développé plusieurs approches. Ainsi, l'essor du positivisme juridique avait permis le recours à des considérations dites «objectives» pour tenter de suppléer aux explications théocratiques de la souveraineté. Austin fait référence «à la réalité sociologique du pouvoir» (Lloyd, 1981, p. 177); Kelsen (1962, p. 272), à une «norme fondamentale hypothétique» (*Grundnorm*) d'où procéderait toute puissance au sein de l'État. De nos jours, les justifications de la souveraineté sont d'un autre ordre. La souveraineté est présentée davantage comme l'expression des impératifs de l'intérêt général, de préférence à toute forme d'autorité transcendante (Lloyd, 1981, p. 170). C'est le discours de l'intérêt général qui sert désormais d'expédient un peu facile. Dans cette optique, la souveraineté se rattache à des finalités d'intérêt public qui, par leur nature, nécessitent le recours à des mécanismes ou à des institutions qui peuvent l'emporter en autorité sur les intérêts privés (*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*). La perspective est dès lors inversée. La prééminence spéciale de l'État ne jouerait plus que pour assumer la satisfaction d'un intérêt général, ce qui reviendrait en quelque sorte à primer et à surpasser pour mieux servir. L'idée de souveraineté n'a plus en ce sens qu'une dimension fonctionnelle où la fin déterminerait en principe le statut et les moyens. La notion de mandataire de la Couronne se rapproche d'ailleurs de ce type de préoccupations puisqu'il s'agit de reconnaître à un organisme administratif une autorité spéciale pour l'accomplissement de certaines fins d'intérêt général. Simple alibi ou réalité tangible, cette idée d'intérêt commun alimente toute une rhétorique susceptible de faire obstacle à toute amélioration substantielle du contrôle judiciaire (Kerr, 1981, p. 7). L'utilité publique ou l'intérêt commun apparaissent en ce sens comme des notions dérivées de l'absolutisme royal. Elles permettent désormais une justification plus sociale et démocratique du statut privilégié d'une importante partie de l'Administration, ce qui complique encore davantage la situation pour revendiquer des changements.

Pour modifier l'immunité d'exécution, il existe donc des obstacles subjectifs tout aussi redoutables que ceux qui reposent sur une apparente rationalité. En effet, admettre l'exécution forcée, n'est-ce pas une audace un peu hasardeuse susceptible de saper l'autorité de l'État, notamment par la négation des impératifs liés à la poursuite du bien commun? En refusant de remettre en cause cette immunité attribuée à la Couronne, le juge est-il guidé par des inhibitions de ce genre ou ne fait-il qu'obéir à une autolimitation volontaire?

II. *L'interprétation favorable de la jurisprudence*

Pour l'essentiel, le juge ne remet guère en cause l'immunité d'exécution et renforce du même coup sa portée. Les arrêts rendus sur ce sujet sont cependant peu nombreux et on pourrait dès lors émettre des doutes sur leur représentativité. En fait, il ne faut pas oublier qu'en droit administratif anglo-saxon, il existe dans bien des

domaines fort peu de décisions. Dans le cas précis de l'exécution, il est fort probable que certains facteurs subjectifs entrent en ligne de compte. Les avocats étant convaincus de l'immunité de la Couronne, ils ne se hasardent guère à la remettre en cause par des mesures d'exécution qui, invariablement, seront rejetées. Les rares décisions font donc figure de véritables tests, car le juge est souvent confronté à des situations embarrassantes sans pouvoir s'appuyer sur une jurisprudence établie ou sur des commentaires doctrinaux.

Tant au Canada qu'en Grande-Bretagne, le juge est rarement confronté à des refus d'exécution de la part des autorités gouvernementales. Le problème n'apparaît souvent que de façon incidente, ce qui ne facilite pas le repérage des arrêts. Si l'on examine d'abord l'approche des tribunaux britanniques, il existe quelques grands arrêts de principe, qui n'en restent pas moins des cas isolés. Par exemple, au début de ce siècle, le Conseil privé a eu l'occasion de se prononcer sur la recevabilité d'une action *in rem* dirigée contre un traversier pour le paiement de frais de sauvetage. Après avoir constaté que le propriétaire de ce navire était bien la Couronne, le juge en est venu à la conclusion que l'on ne pouvait saisir le vaisseau. Ayant rappelé le principe général en vertu duquel [TRADUCTION] «on ne saurait prétendre que le Roi puisse être appelé en garantie devant ses propres tribunaux», il en déduisait que [TRADUCTION] «on ne saurait par conséquent soutenir que le pouvoir de saisir un navire appartenant à la Couronne puisse être exercé contre cette dernière[14]».

L'affaire récente la plus importante est sans conteste l'arrêt *Franklin* v. *The Queen (No. 2)*. Ce litige se situe dans le sillage des remous provoqués par la déclaration unilatérale d'indépendance de la Rhodésie. M. Franklin, détenteur d'obligations rhodésiennes pour lesquelles il n'avait pas reçu un penny depuis 1965, avait obtenu un premier jugement favorable qui devait être exécuté [TRADUCTION] «par le greffier ou par un autre agent du Gouvernement de la Rhodésie du Sud étant en possession, en Angleterre et au pays de Galles, de sommes appartenant à ce Gouvernement ...» (*Franklin* v. *The Queen (Note)*, p. 205). Or, ce greffier était la Banque d'Angleterre, laquelle n'a pu remettre que 41£ au requérant au lieu des 219£ adjugées pour intérêts impayés. Dans la deuxième affaire, M. Franklin procédait par pétition de droit[15] pour obtenir la comparution du chef-comptable de la Banque d'Angleterre pour un interrogatoire après jugement. Il n'était pas satisfait des explications de la Banque qui prétendait n'avoir rien d'autre à sa disposition. En appel d'une décision qui lui refusait ce moyen d'exécution forcée, il fut débouté. Dans son jugement, Lord Denning a justifié ce rejet en observant que la première décision rendue en faveur de M. Franklin ne pouvait donner ouverture à l'exécution forcée. Il s'agissait d'une pétition de droit, laquelle

---

14. *Young* v. *S.S. «Scotia»*, p. 505. Le juge ajoute, p. 508-509 :

> [TRADUCTION]
> Si, par conséquent, leurs Seigneuries estiment qu'il est absolument opportun de soulever la question du privilège de la Couronne dans la présente affaire, elles seraient cependant profondément peinées d'apprendre que le Gouvernement canadien, lorsque les circonstances ont été portées à son attention, a refusé de donner effet à la vigoureuse recommandation faite par le tribunal inférieur, que leurs Seigneuries souhaitent réaffirmer avec force et à laquelle elles souscrivent.

Faute de pouvoir contraindre directement la Couronne au versement d'une indemnité, les juges semblent avoir pour seule alternative que des souhaits et des vœux.

15. Tel qu'exigé par le *Colonial Stock Act* de 1877.

[TRADUCTION]
ne constitue pas une ordonnance mandatoire pour le versement d'une somme d'argent, mais déclare les droits du requérant... Il n'a jamais été nécessaire de recourir à un *writ* d'exécution pour en assurer le respect. On présume toujours que la Couronne honorera la créance dont l'existence a été reconnue par le tribunal, ce qu'elle a du reste toujours fait jusqu'ici. En outre, la Couronne n'est pas un *judgment debtor*, quel que soit le sens donné à ce terme. (p. 218)

Les arguments qu'il apporte renforcent de façon très nette l'immunité spéciale dont jouit la Couronne. Tout changement paraît superflu puisque cette dernière est toujours présumée bon débiteur.

D'autres arrêts plus anciens ne font que renforcer la décision *Franklin (No. 2)*. Il s'agit notamment de l'arrêt *Dominion Building Corporation* v. *The King*, dont le litige a pris naissance au Canada à propos d'un contrat dont les engagements n'ont jamais été respectés par la Couronne fédérale. Dans le domaine des contrats, le problème de l'exécution en nature se pose souvent avec acuité puisque la personne privée qui contracte avec l'Administration cherche avant tout à obtenir l'exécution de l'entente. Celle-ci est en général beaucoup plus rentable qu'une simple compensation pécuniaire par l'obtention de dommages-intérêts. Cette recherche de l'exécution matérielle du contrat soulève le problème de l'utilisation de la *specific performance* contre la Couronne. Dans l'affaire *Dominion Building Corporation*, cette hypothèse a été exclue d'office : [TRADUCTION] «Sans l'ombre d'un doute, il est exact qu'une ordonnance mandatoire concernant une exécution en nature ne peut être rendue contre la Couronne» (p. 548). Les juges ont toutefois cherché à contourner cette difficulté en affirmant qu'il est néanmoins possible [TRADUCTION] «de prononcer un jugement déclaratoire ... reconnaissant le droit du sujet à l'exécution en nature, si les circonstances le justifient» (*Ibid.*). Même si Garant en déduit que «les tribunaux peuvent par un jugement déclaratoire déclarer que le requérant a droit à l'exécution en nature ou à la *specific performance*» (1985, p. 386-387), le jugement déclaratoire n'apporte aucune garantie sérieuse en vue de l'exécution puisque, par sa nature même, il n'est pas exécutoire. Dans l'arrêt *Franklin (No. 2)*, il a d'ailleurs été rappelé qu'un moyen à valeur déclaratoire ne pouvait donner ouverture à l'exécution forcée. Dans un tel contexte, l'audace qui semblait caractériser certaines solutions paraît désormais bien relative (*MacQuarrie* v. *Attorney General of Nova Scotia*).

Au Canada, les juges se montrent également très respectueux envers l'immunité d'exécution. L'arrêt de principe, *R.* v. *Central Railway Signal*, reflète encore l'état de la jurisprudence. Par saisie-gagerie, Central Railway désirait reprendre une bonne partie des biens et du matériel de Canadian National Chemical Works, lesquels venaient d'être confisqués au profit de Sa Majesté pour violation de la *Loi sur l'accise*. Après avoir constaté que la confiscation avait pour effet de conférer à la Couronne [TRADUCTION] «la propriété absolue des biens confisqués», le juge Duff a tranché en faveur de l'irrecevabilité de la saisie : [TRADUCTION] «... bien entendu, il est impossible dans de telles procédures de rendre une ordonnance contre la Couronne comme on le ferait contre un de ses sujets» (p. 563). Par procédures (*proceedings*), ce magistrat visait expressément [TRADUCTION] «la récupération matérielle de biens, de terrains, l'exécution d'un contrat, l'exercice d'un droit tel que celui du propriétaire à l'égard des biens de son locataire» (*Ibid.*). Un peu plus loin, il s'appuie sur Blackstone pour conclure que [TRADUCTION] «aucune ordonnance d'exécution ne peut être rendue contre Sa Majesté ou contre les biens de celle-ci, devant l'un des tribunaux de Sa Majesté» (p. 564). Reprenant une formule de Maitland (Pollock et Maitland, 1968, p. 514), il

ajoute : [TRADUCTION] «Cette immunité d'exécution dont bénéficie le souverain a été considérée par certains comme la plus grande des immunités qui lui sont conférées» (p. 564).

Devant des affirmations aussi catégoriques, comment ne pas s'incliner ... Le ton péremptoire adopté par le juge peut même laisser présumer qu'il se perçoit d'office comme le défenseur du statut privilégié de la Couronne. Même de nos jours, plusieurs magistrats restent intransigeants. Ainsi, en 1958, le juge Rand de la Cour suprême n'hésitait pas à affirmer que l'idée d'assujettir la Couronne au régime général [TRADUCTION] «est inconciliable avec le principe de l'immunité» (*C.B.C.* v. *Attorney General for Ontario*, p. 198). Plus près de nous, en 1976, le juge Mayrand de la Cour d'appel du Québec en venait à la conclusion suivante : «Une saine administration de la justice exige aussi le respect ... des prérogatives que notre droit reconnaît aux sociétés ou organismes mandataires de la Couronne» (*Commission d'assurance-chômage* c. *Cour provinciale*, p. 745).

La même année, la Cour fédérale se prononçait clairement en faveur de l'insaisissabilité des biens de la Couronne, en l'occurrence ceux de Radio-Canada[16]. Après avoir rappelé que «l'effet de tout jugement contre [la Couronne] ne peut être que déclaratoire» (p. 148), et non pas de nature exécutoire, le juge Addy devait faire cette importante mise au point :

> ... une longue jurisprudence a établi que la Couronne ne peut perdre ses prérogatives que par une loi qui le stipule clairement et précisément et que toute loi à laquelle l'on cherche à attribuer un tel résultat doit être interprétée en faveur de la Couronne et contre celui qui préconise l'abandon de ses prérogatives par la Couronne. (p. 149)

Cette présomption favorable à la Couronne, on la retrouve également dans les affaires de saisie-arrêt contre les gages et salaires de ses employés. Même si la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions* modifie considérablement l'étendue de l'immunité dont jouissait la Couronne en matière de saisie-arrêt, cette jurisprudence n'en reste pas moins digne d'intérêt pour comprendre l'origine de la situation actuelle[17].

Le juge tenait en quelque sorte pour acquis que le fonctionnaire participait de la majesté de l'État (*Fortier* v. *Cholette*). Il se fondait principalement sur le fait que le tiers saisi était un «représentant de la Couronne». À l'échelle d'un seul individu, c'est

---

16. *Le Syndicat canadien de la Fonction publique* c. *La Société Radio-Canada*. Sous l'autorité d'un bref de *fieri facias*, des biens appartenant à Radio-Canada avaient été saisis suite à l'enregistrement d'une sentence arbitrale. Le juge a décidé que ce bref était nul ab initio, la saisie étant annulée, toute procédure exécutoire étant également interdite.

17. Au Québec, le principe de la saisie-arrêt contre la Couronne a été admis en 1875 (*An Act to render liable to seizure a portion of the salaries of Public Officers and Employees*). Le législateur a fait machine arrière en 1897 en consacrant l'insaisissabilité «des traitements des fonctionnaires publics» (Art. 559.9 de l'ancien *Code de procédure civile*). Voir, à ce sujet, *Perreault* v. *McCarthy*; *Lépine* v. *Gauthier*; *Gingras* v. *Vézina*; *Lovejoy* v. *Campbell*; *Lelièvre* v. *Baillargeon*; *Robinson* v. *Quinn et Casgrain*. Cette jurisprudence repose sur le principe que des fonds destinés à des fins publiques, par exemple le paiement d'un contrat pour l'érection de fortifications, restent insaisissables; *Fitts* v. *Pilon*. Voir aussi *Shaw* v. *Bourget*; *Beauchemin* v. *Fournier*; *Evans* v. *Hudon and Browne*; *Crevier* v. *De Grandpré et Lamothe*; *Dame St-Amand* v. *Decelles*.

tout le problème de l'agent ou du mandataire de la Couronne qui entrait ainsi en ligne de compte[18].

Quelques arrêts minoritaires rendus à la même époque auraient pu constituer l'amorce d'une évolution différente, mais ce ne fut pas le cas[19]. À moins d'une disposition expresse à l'effet contraire, l'insaisissabilité restait la règle, ce principe étant encore valable de nos jours. Tout au plus, certains juges proposaient-ils de recourir à une piètre alternative, celle de la pétition de droit[20]. Comme ce moyen n'avait qu'une valeur déclaratoire, la question de l'exécution directe contre la Couronne devait inévitablement resurgir. Dans un jugement pour le moins symptomatique (*Barre* v. *Fortin*), le juge Barbès de la Cour supérieure du Québec a refusé toute saisie-exécution contre les «biens du Souverain : aucun ordre destiné à obliger Sa Majesté n'étant valable en droit anglais» (p. 139). Ce magistrat a également fait quelques observations particulièrement significatives:

> Cette proposition découle des attributs du Souverain qui n'est tenu de rendre compte qu'à Dieu. *Rex est vicarius et minister Dei in terra*. Et les tribunaux qui émanent de Sa Majesté n'ont pas juridiction pour lui dicter des ordres, même en matière civile. La juridiction de la cour suppose, en effet, autorité de faire exécuter; mais qui donc pourra imposer l'effet de l'exercice de l'autorité sur celui qui en est la source?
>
> C'est à raison du caractère même de l'autorité du Souverain, de sa haute dignité, qui ne doit pas souffrir d'autorité égale ni supérieure que le Souverain est soustrait à l'ordonnance d'une cour de justice. (*Ibid.*)

Sans nécessairement recourir à une argumentation de ce type, la jurisprudence récente est restée fidèle au principe de l'immunité[21]. Même si le juge fait preuve, dans de trop rares arrêts, d'un sens critique pour renverser certaines idées reçues (*Martin* v. *Martin*; *Re Kraw and Kraw*), il bute inévitablement sur ce principe selon lequel un tribunal ne peut rendre d'ordonnance exécutoire contre la Couronne. Même s'il a refusé d'accepter que la saisie-arrêt du salaire d'un instituteur puisse être contraire à l'ordre public, il n'a pas osé remettre en cause «l'incapacité» des tribunaux à émettre des ordres contre Sa Majesté (*Royal Bank of Canada* v. *Scott*).

---

18. Dans l'arrêt *Fortier*, la Cour d'appel précisait : «Au fond, c'est le Roi qui comparaît, par son officier ... Il ne peut pas être enjoint à la Couronne, comme à un particulier, de payer, à même le salaire du défendeur, les sommes nécessaires à l'exécution du jugement» (p. 517).

19. Même si dans l'affaire *C.N.R.* v. *Croteau*, la Cour suprême en est venue à admettre la validité d'une saisie-arrêt dirigée contre le C.N., c'est uniquement par le jeu d'une interprétation littérale de l'article 15 de la loi (S.C. 1919, chap. 13), devenu de nos jours l'article 44 de la *Loi sur les Chemins de fer nationaux du Canada*. Sur le plan des principes généraux, le juge Duff rappelle clairement [TRADUCTION] «que les tribunaux ne sont pas habilités à rendre une ordonnance contre la Couronne» (p. 388) et peu après, il ajoute que [TRADUCTION] «la nature du procès ne nécessite aucune ordonnance contre la Couronne» (*Ibid.*).

20. En 1935, le juge Bouffard de la Cour supérieure du Québec laissait entendre que la saisie-arrêt en mains tierces était permise contre un ministre de la Couronne à la condition que certaines exigences formelles soient respectées, notamment en procédant par pétition de droit (*Blanchet* v. *Blanchet*). Il prenait soin d'ajouter que pour des procédures de ce type, toute formule comminatoire devait être bannie au profit «d'une simple prière, adressée au ministre de la Couronne» (p. 545). Voir aussi *Boileau* v. *Boileau Ltée*.

21. *H.F.C. of Canada* v. *Dubois*; l'arrêt *Hamel* v. *Théorêt* ne réprésente qu'un cas isolé. De même, pour les provinces anglo-canadiennes, voir *Re Hamill and C.N.R.*; *Bonus Finance Ltd.* v. *Smith*.

Cette étude rétrospective de la jurisprudence permet d'attirer l'attention sur un point important. Peu importe que ce soit dans le domaine de la responsabilité délictuelle ou pour des problèmes d'exécution forcée, les arguments présentés par le juge sont souvent de même nature. Il n'y a pas si longtemps, il pouvait se permettre d'affirmer qu'aucune procédure ne pouvait être intentée contre Sa Majesté, sauf exceptions permises. De tels arguments étaient conformes aux idées de Blackstone selon lesquelles [TRADUCTION] «aucune poursuite ou action ne peut être intentée contre le roi, même en matière civile, parce qu'aucun tribunal n'a de juridiction sur lui» (1765, p. 235). Pour justifier le rejet de l'exécution forcée contre la Couronne, le juge utilise encore de nos jours une argumentation de ce type, ce qui permet de comprendre que cette immunité particulière n'est que le prolongement historique de l'immunité générale dont jouissait antérieurement la Couronne. En ce sens, les réformes accomplies en 1953 avec l'adoption de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* et en 1970 avec la *Loi sur la Cour fédérale* n'apparaissent que comme des exceptions au principe fondamental de l'immunité de Sa Majesté devant ses tribunaux. Si les autorités ont été plus ou moins forcées de s'adapter à l'évolution des temps par l'admission d'un régime de responsabilité partielle, il n'en a pas été de même en matière d'exécution forcée où tout adoucissement à la généralité de la règle a été exclu d'office. Cette immunité n'est donc que la simple survivance d'une époque où les bases constitutionnelles du pouvoir judiciaire étaient encore mal assurées face à la Couronne, cette institution étant trop étroitement associée à la seule personne du Monarque.

L'état actuel de la jurisprudence permet donc de comprendre l'importance des obstacles psychologiques et juridiques susceptibles d'empêcher toute amélioration substantielle de la situation des administrés. Le débat sur cette question n'aura guère de chance d'être fécond tant et aussi longtemps que l'on n'aura pas admis d'emblée que les véritables bénéficiaires de cette immunité sont simplement l'Administration et le Gouvernement. En étant confronté directement à la Couronne, le juge ne peut de lui-même renverser une situation que seule une intervention législative peut modifier réellement. Il est dans une position délicate pour s'attaquer au statut privilégié de la Couronne, d'autant qu'il peut difficilement réévaluer à sa guise certains principes fondamentaux du droit public, fussent-ils demeurés inchangés depuis le douzième siècle...! L'immunité reste en effet le principe fondamental, tel que l'ont conçu les juristes et les théologiens médiévaux, et toute exception à ce principe n'est tout au plus qu'une concession, un accommodement, qui ne peuvent remettre en cause son existence. Dans un tel contexte, il ne faut pas s'étonner que les administrés soient dans une position delicate pour réclamer l'exécution d'un jugement prononcé contre l'Administration fédérale.

Section II : L'absence de garanties en matière d'exécution

À la fois multiple et complexe, l'immunité d'exécution repose autant sur l'attitude du juge que sur les textes officiels qui en consacrent l'existence. Ces obstacles n'auraient toutefois qu'une valeur relative si les administrés étaient en mesure de recourir à des moyens de substitution. L'étude des moyens judiciaires à leur disposition est plutôt de nature à montrer qu'ils peuvent difficilement riposter aux refus d'exécution en provenance de l'Administration. Leur situation semble d'autant plus précaire que

même si ces moyens alternatifs pouvaient en toute hypothèse se révéler efficaces, ils n'en resteraient pas moins démunis, puisque l'inexécution est un phénomène complexe qui dépasse les limites traditionnelles du contrôle judiciaire. Une analyse plus détaillée des moyens dont dispose l'Administration pour nier ou réduire la portée d'un jugement permet d'apprécier à sa juste valeur l'efficacité des procédures de remplacement à la disposition des administrés.

I. *Le phénomène de l'inexécution*

Dans le cadre du droit administratif, le phénomène de l'inexécution ne revêt pas la même signification qu'en droit privé. Dans le cas présent, la partie qui refuse l'exécution n'est nul autre que l'État, ce qui conduit à envisager le problème sous un tout autre aspect. Même si les autorités publiques peuvent se retrouver débitrices d'une obligation, leur assujettissement à la légalité ne revêt pas la même signification. En effet, elles conditionnent et déterminent dans une large mesure cette légalité par leur pouvoir d'action unilatérale. Alors que le droit privé postule l'équilibre des parties et les relations consensuelles, le droit public présuppose une relation inégalitaire. L'une des parties peut modifier la situation litigieuse, soit en l'adaptant à la légalité existante, soit à l'inverse, en ajustant cette dernière pour rendre le litige sans objet. C'est ce qui explique qu'en droit administratif, le phénomène de l'inexécution puisse être complexe, diffus, les autorités ayant à leur disposition plusieurs exutoires.

A. Les limites du système actuel

Dans la tradition continentale du droit administratif, le phénomène de l'inexécution des jugements par l'Administration a suscité très tôt l'intérêt de la doctrine, notamment en France (Defert, 1910; Barthélemy, 1912; Boulard, 1932; Laurent, 1941; Tari, 1933). De nombreux cas d'inexécution ont motivé plusieurs auteurs à s'interroger sur la force exécutoire des arrêts du Conseil d'État (Braibant, 1961; Lefas, 1958; Rivero, 1951; Montané de la Roque, 1950). En effet, le juge administratif français n'avait «à l'égard de l'administration, ni le pouvoir d'injonction, ni celui de substitution, ni la possibilité de mettre en jeu les procédés d'exécution forcée» (Weil, 1952, p. 58). En vertu du principe d'indépendance de l'Administration, il ne pouvait contraindre directement cette dernière au respect de la chose jugée. Il ne possédait en réalité que des pouvoirs de pression comme l'attribution d'une indemnisation ou l'annulation systématique des ripostes de l'Administration. Dans un tel contexte, il n'est pas étonnant que certaines administrations aient passé outre à des jugements au nom de l'intérêt général et du bon fonctionnement des services publics. Ces problèmes ont été apparemment réglés par l'importante réforme du 16 juillet 1980 sur laquelle nous reviendrons ultérieurement[22].

Dans les systèmes de tradition britannique, les principes de légalité et de séparation des pouvoirs semblent exclure de telles libertés de la part de l'Administration. Dans son sens logique et formel, le principe de légalité reflète une hiérarchie parmi les

22. Voir, *infra*, les développements du second chapitre.

fonctions et les organes (Brun et Tremblay, 1982, p. 480). Dans cette perspective, l'action administrative est normalement sujette au contrôle de l'autorité judiciaire. Dans un tel contexte, le respect de l'autorité de chose jugée est souvent tenu pour un fait acquis, comme en témoignent les réflexions de certains magistrats. Dans l'affaire *MacQuarrie*, le juge Gillis fait référence à l'ouvrage de Fry qui souligne l'intérêt du jugement déclaratoire en matière d'exécution forcée [TRADUCTION] «bien qu'il puisse peut-être s'avérer quelque peu difficile de contraindre la Couronne dans l'hypothèse invraisemblable où elle refuserait de se conformer au jugement» (1911, p. 65). Cette hypothèse invraisemblable (*unthinkable event*) n'est pourtant pas si invraisemblable puisque les autorités publiques peuvent se montrer réticentes à immobiliser des travaux très onéreux, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire. Par exemple, en 1973, dans l'affaire de la Baie James, les autorités québécoises ont pu surmonter les effets du jugement Malouf en portant le litige en appel, cette procédure ayant un effet suspensif pour la Couronne (*Société de développement de la Baie James* c. *Kanatewat*). Si par pure hypothèse ce jugement avait été définitif, il aurait été peu vraisemblable que les autorités mettent fin à des travaux d'aménagement dont le prix s'élevait déjà à plusieurs centaines de millions de dollars. Compte tenu du coût financier de certaines opérations, ou encore de leur importance politique (exemple des nationalisations), l'Administration peut être éventuellement conduite à des situations où elle n'aura guère d'autres choix que de refuser l'exécution. Il arrive parfois que le juge appréhende cette éventualité comme le révèle l'affaire *Société Asbestos Ltée*. Saisi d'une demande d'injonction interlocutoire dirigée contre la Société nationale de l'amiante, le juge Lajoie a rappelé qu'il ne pouvait prendre en considération le fait que le Gouvernement puisse éventuellement violer la décision du tribunal pour refuser l'émission de l'injonction. Pour ce magistrat, un tel geste aurait pour effet de «saper à sa base le système juridique qui régit notre société» (p. 350). Il croit «que le Législateur, le gouvernement, se tiennent encore pour liés par les décisions des Tribunaux, sinon coercitivement, du moins moralement et légalement» (*Ibid.*). Conscient des limites matérielles de son autorité, le juge en est donc réduit à évoquer les principes fondamentaux du droit public. En agissant de la sorte, il montre assez clairement que l'hypothèse d'un refus d'exécution constitue une menace tangible.

En dépit de la bonne conduite, réelle ou présumée, de l'Administration, le droit administratif canadien n'en consacre pas moins des règles qui confèrent aux autorités une grande latitude en matière d'exécution des jugements. Autrement dit, le système offre potentiellement les germes d'une problématique qui peut rapidement déboucher sur des cas d'inexécution en cas de différends importants entre les autorités administratives et judiciaires. Certains juristes affectent pourtant de présumer le contraire, notamment Lord Denning qui rappelle dans l'affaire *Franklin (No. 2)* : [TRADUCTION] «Il est toujours présumé que la Couronne honorera la créance dont l'existence a été reconnue par le tribunal, ce qu'elle a du reste toujours fait jusqu'ici» (p. 218). Cette vision sereine, presque mythique, de la bonne conduite des autorités correspond-elle à la réalité? Dans le cadre du droit britannique, ce type d'appréciation a été vivement contesté par Harlow (1976). Sans forcément se retrancher derrière l'inexécution pure et simple, l'Administration peut vider une décision judiciaire de l'essentiel de son contenu (*Id.*, p. 117). Dans ces cas, la soumission ne serait qu'une feinte, «l'Administration tournant la décision et la rendant pratiquement inopérante par l'une des innombrables roueries dont elle a le secret» (Fayolle, 1926, p. 32). En se livrant à une étude de la situation qui prévaut de chaque côté de la Manche, Harlow en conclut que [TRADUCTION] «d'après les expériences britannique et française, il existe des moyens bien connus pour contourner les décisions des tribunaux» (1976, p. 117).

La possibilité de parades administratives met finalement en cause l'utilité et la finalité même de certains recours judiciaires.

Au Canada, la doctrine commence à s'intéresser à ce problème (Lemieux, 1983, p. 7-25). Dans certains cas, les administrés n'ont en fait qu'une «victoire morale» face aux autorités puisque celles-ci peuvent «reprendre substantiellement la même décision, après avoir corrigé les irrégularités qui en avaient provoqué l'annulation» (*Ibid.*). En dépit de telles subtilités, l'hypothèse de l'inexécution complète n'en reste pas moins une possibilité réelle (voir l'affaire *MacQuarrie*). Le problème de l'exécution des jugements doit être pris au sérieux, non seulement parce que les administrés ne disposent pas de certaines garanties fondamentales, mais aussi parce qu'il y a lieu de s'interroger à fond sur l'opportunité de maintenir l'immunité d'exécution dans sa forme actuelle.

B. Typologie des ripostes de l'Administration

L'Administration peut recourir à diverses tactiques pour contrer une décision juridictionnelle. Ce peut être d'abord une attitude de résistance ouverte, les autorités passant outre à un jugement, que ce soit en le défiant ou en le banalisant. L'Administration préfère toutefois des moyens plus discrets. Il peut s'agir d'une exécution incomplète ou tardive, ou encore, de la validation de l'acte annulé.

1. La résistance ouverte

En France, les violations directes de l'autorité de chose jugée ont été relativement nombreuses en comparaison d'autres pays occidentaux. Ces «révoltes» émanaient souvent d'agents subalternes ou de maires de petites communes, davantage mus par l'amour-propre ou l'intérêt électoral, que par le respect du droit (Weil, 1950, p. 384). Il existe quand même des cas où le refus d'exécution provenait directement des autorités centrales[23]. Il est assez fréquent que l'Administration refuse systématiquement de réintégrer des fonctionnaires illégalement révoqués (Braibant, 1961, p. 61; Lefas, 1958, p. 84). D'où parfois de véritables duels entre le juge et l'Administration qui finissent par une guerre d'usure, les annulations contentieuses étant systématiquement réitérées (Fayolle, 1926, p. 37).

Il ne faut toutefois pas exagérer à dessein ce qui se passe du côté français. Il faut surtout retenir que des enjeux de nature politique peuvent compromettre en certaines circonstances l'exécution d'une décision de justice. Au Canada, ce risque potentiel existe bel et bien, tous les verrous de sécurité n'ayant pas été tirés en ce qui a trait au

23. La célèbre affaire *S.A. des Automobiles Berliet* en est un bon exemple. Après une première décision du Conseil d'État en date du 22 juillet 1949, le Gouvernement ripostait une semaine plus tard par un arrêté interministériel contredisant directement l'arrêt rendu. Le 28 décembre suivant, le Conseil d'État rendait de nouveau la même décision en censurant sévèrement cette méconnaissance de la chose jugée. Voir C.E. 22 juillet 1949, Rec. 368; C.E. 28 décembre 1949, Rec. 579; *S.* 1951.3.1 (Concl. Guionin, note Mathiot); voir également Weil, 1950.

statut juridique de la Couronne. Cette dernière possède une réelle indépendance à l'égard du juge, laquelle n'est pas sans analogies avec le principe français de l'indépendance de l'Administration vis-à-vis des décisions juridictionnelles[24].

Cette comparaison n'est pas sans intérêt pour expliquer sous un jour différent l'immunité dont jouit l'Administration canadienne en matière d'exécution. En vertu de l'analyse proposée par Montesquieu, les différentes fonctions de l'État sont distinctes l'une de l'autre dans la perspective de leur contrôle réciproque. Ceci est particulièrement vrai pour les tribunaux. «Autrement dit, le principe de la séparation des pouvoirs qui, nous l'avons vu, n'a pas de signification dans notre régime constitutionnel en ce qui a trait aux fonctions législative et exécutive, prend un certain sens en ce qui concerne la fonction judiciaire» (Brun et Tremblay, 1982, p. 513; voir aussi Humphrey, 1945-46). Les fonctions judiciaire et administrative ne peuvent être confondues même s'il existe des points d'interférence, notamment en ce qui a trait à l'administration de la justice et à des similitudes croissantes dans la prise de décisions (Brun et Lemieux, 1977). Cette séparation implique que le juge ne peut se substituer directement à l'Administration pour prendre une décision ou pour prescrire l'accomplissement de tâches matérielles. En cas contraire, il y aurait confusion des fonctions et ingérence du juge dans le fonctionnement interne des services (Artur, 1900). Le rôle du juge est de constater s'il y a eu violation des règles de légalité, ce qu'il fait en déclarant le droit et en sanctionnant éventuellement par l'annulation. Il peut rappeler impérativement à l'Administration ce qu'est la légalité, mais il ne peut en retour lui dicter sa conduite, ce qui porterait atteinte aux règles de compétence. Si l'Administration a le devoir de se conformer à la légalité telle qu'elle apparaît à la lumière d'une appréciation contentieuse, elle reste en revanche libre d'utiliser le moyen approprié pour s'y soumettre. En ce sens, il est vain de croire que le juge puisse sanctionner un refus d'exécution en dictant à l'Administration les mesures à prendre.

Dans l'hypothèse d'une résistance ouverte de la part des autorités, le juge judiciaire n'en conserve pas moins un pouvoir redoutable. Il peut sanctionner par l'annulation tout acte ou toute mesure qui contreviendrait directement au contenu du premier jugement. Si l'Administration entend violer positivement l'autorité de chose jugée, sa défaite semble inéluctable puisque le juge possède les moyens de la paralyser, ou du moins, de l'embêter très sérieusement. La violation directe d'un jugement apparaît ainsi comme une riposte très aléatoire en l'état actuel du droit. En revanche, par le jeu de l'inobservation passive, l'Administration peut résister plus efficacement au verdict du juge, puisque faute de mesures actives, ce dernier aura plus de difficultés à sanctionner une attitude négative[25].

---

24. En France, ce principe est lié aux circonstances historiques qui ont présidé à la naissance du Conseil d'État, cette institution s'étant progressivement détachée de l'Administration elle-même. D'où l'interdiction qui est faite au juge administratif «de faire acte d'administrateur». Il en découle que le juge ne peut dicter une conduite à l'Administration, celle-ci étant libre de se soumettre volontairement aux exigences de la légalité. Voir Chevallier, 1970 et 1972.

25. La résistance se manifeste surtout par le mutisme et le silence prolongé. Comme le signale Delvolvé, «le refus d'exécution est rarement formulé par l'Administration de sa propre initiative : pas plus qu'elle n'a pris l'initiative d'exécuter, elle ne prend celle de dire qu'elle n'exécutera pas» (1983-84, p. 121).

2. La résistance passive

La résistance passive se manifeste de deux façons. L'Administration peut d'abord prendre un temps considérable pour obtempérer à un verdict judiciaire, aucun délai ne lui étant généralement imparti pour s'exécuter. Plus efficacement encore, elle peut laisser l'impression qu'elle procède à l'exécution, alors qu'en réalité cette dernière se révèle incomplète. Contrairement à la validation, le retard ou l'exécution incomplète ne sont pas spécifiques à l'Administration. Ils sont assez fréquents dans les litiges de droit privé où des pressions de nature économique viennent se substituer à l'inégalité qui caractérise les rapports État-individus. Peut-on dès lors soumettre l'État à des exigences supérieures en partant du principe qu'il doit être toujours bon débiteur? Dans une perspective de réforme, doit-on réprimer certaines pratiques administratives en négligeant de s'attaquer à un phénomène général en matière d'exécution des jugements? Autant il peut paraître contestable que l'État bénéficie de certaines immunités spéciales, autant il peut paraître tout aussi discutable, en sens inverse, de vouloir l'assujettir à un traitement discriminatoire. Par-delà ces questions embarrassantes, il faut bien constater que l'Administration peut ruser comme n'importe quel individu. Le problème est donc réel.

a) *Le retard*

Avant même d'être un phénomène administratif, le retard apparaît malheureusement comme une caractéristique propre au fonctionnement des tribunaux. Si cette lenteur est imputable en partie à l'organisation et au fonctionnement du système judiciaire, elle résulte également de causes externes. Comme n'importe quelle partie privée, l'Administration peut multiplier les procédures dilatoires, notamment en recourant à l'appel, ce qui a pour effet de suspendre l'exécution du jugement (Article 497 du *Code de procédure civile* du Québec). Comme l'exécution provisoire est une procédure exclue contre la Couronne, l'appel présente toujours un effet suspensif pour cette dernière. Une instance à laquelle l'État est partie peut donc prendre un temps considérable, d'autant qu'il possède les moyens financiers pour ne pas s'essouffler.

Dans une perspective de réforme, il est pour le moins difficile de réprimer certaines pratiques contentieuses qui n'ont pour seul but que de retarder l'échéance finale ou d'embarrasser l'autre partie. La liberté d'ester en justice reste un droit fondamental, quitte à reconnaître aux tribunaux canadiens, comme c'est déjà le cas en France, un droit pour infliger des amendes ou d'autres sanctions similaires aux parties qui forment des procédures abusives[26]. Quoiqu'il en soit, des annulations ou des verdicts contentieux trop tardifs sont dépourvus de toute utilité véritable, la pratique contentieuse devenant dès lors un terrain favorable à l'inexécution. Comme le souligne avec raison Braibant, «les risques d'inexécution s'accroissent avec le temps» (1961, p. 59). Après plusieurs années, le jugement final intervient souvent trop tard pour qu'une remise en état soit pleinement satisfaisante, si même elle n'apparaît pas à toutes fins pratiques exclue. Si par exemple, un employé de la fonction publique a été illégalement congédié, comment peut-on espérer, plusieurs années après, le réintégrer

26. Voir Richer, 1983. En droit pénal canadien, le juge peut ordonner une suspension d'instance pour abus de procédure (*R.* c. *Jewitt*). Un tel pouvoir ne semble autorisé que dans le cadre d'une procédure de type accusatoire (affaires pénales) et non pas de type contradictoire (affaires civiles).

convenablement dans le déroulement d'une carrière interrompue? Dans d'autres cas, l'Administration peut-elle réellement faire marche arrière compte tenu de certains droits acquis ou de l'interdiction qui lui est faite de donner un effet rétroactif à certaines catégories d'actes? Inévitablement, le facteur temps joue en faveur des autorités publiques.

Par ailleurs, en tenant pour acquis que le juge puisse statuer dans un délai raisonnable, l'Administration peut toujours lui opposer la force de l'inertie (Garant, 1985a, p. 952). Pour des raisons budgétaires ou par mauvaise volonté, elle peut prendre beaucoup de temps pour apporter les correctifs qui s'imposent[27]. L'exécution matérielle du jugement peut ainsi s'étaler dans le temps sans que les administrés puissent invoquer violation de la chose jugée. En réalité, l'Administration dispose d'une grande liberté en ce qui concerne les modalités pratiques de l'exécution, cette dernière étant avant tout une obligation de résultat et non de moyens. L'atermoiement peut ainsi ouvrir la voie à l'exécution incomplète.

b) *L'exécution incomplète*

L'exécution incomplète découle souvent d'une compréhension un peu étroite de la notion de légalité. Par exemple, pour reprendre le cas du fonctionnaire illégalement congédié, l'Administration peut donner l'impression de se conformer au jugement en le rétablissant dans le poste ou la fonction qu'il occupait auparavant. Elle le fait toutefois en ne lui confiant aucune tâche ou responsabilité, ou encore, en révisant à la baisse son salaire. Au sens strict, elle a pourtant respecté le verdict qui prononçait l'annulation d'un congédiement illégal. Dans les cas où le juge se borne à constater l'illégalité d'un acte, elle peut souvent évaluer à sa guise la portée réelle du jugement. À moins que le juge requière la *restitutio in integrum* ou une forme quelconque d'indemnité, l'exécution peut varier beaucoup en fonction des mesures à prendre. Les autorités peuvent feindre de ne pas saisir la portée réelle d'un jugement en évitant d'en déduire les conséquences logiques. La conformité au droit est une chose, l'exécution matérielle en est une autre. La première ne serait au fond que l'étape préliminaire en vue d'une exécution complète.

Sans forcément dissocier droit et mesures matérielles, l'Administration peut exécuter partiellement ce que le juge lui enjoint de faire. Par hypothèse, elle peut accorder une compensation pécuniaire tout en refusant de se conformer à une obligation de faire ou de ne pas faire. En pareil cas, l'Administration se conforme à certaines conclusions du jugement et non à d'autres. Sous prétexte que l'exécution des décisions judiciaires est une matière dont elle reste juge en dernier ressort, elle pourrait apprécier l'opportunité de certaines mesures à prendre et leur compatibilité avec ses impératifs de gestion.

3. La recherche d'une alternative

Jusqu'ici, la résistance de l'Administration se présente comme un phénomène primaire. Pourtant, d'autres moyens plus raffinés existent pour neutraliser les effets

27. Affaire *Rosan-Girard*, C.E. 31 mai 1957, Rec. 355 (Concl. Gazier); *G.A.* 1978, 476; *D.* 1958.2.152 (Note P.W.). Voir également Harlow, 1976, p. 118.

d'un jugement. Plutôt que de contrarier une décision de justice, on agit de telle sorte qu'elle ne puisse plus produire aucun effet véritable. Par une modification du droit ou des faits, l'Administration réagit activement en enlevant toute signification au contenu d'un jugement. Elle y parvient notamment par le procédé de la validation ou par la reprise de l'acte attaqué. De même, elle peut parvenir à un résultat semblable par une modification unilatérale de la situation litigieuse.

a) *Le procédé de la validation*

De nature législative, la validation permet à l'Administration d'utiliser la voie parlementaire pour régulariser un acte administratif. Elle permet «à l'Administration de se soustraire légalement aux conséquences de l'annulation ou de la déclaration d'illégalité prononcée par le juge» (Lefas, 1958, p. 86). En France, cette pratique prend la forme d'une loi qui valide a posteriori plusieurs actes administratifs annulés pour vice d'incompétence par les tribunaux administratifs (Perrot, 1983; Israël, 1981, p. 11). La doctrine a réagi en dénonçant l'abus qu'en font certaines administrations pour échapper aux effets d'une annulation contentieuse[28]. Le procédé repose sur l'effet rétroactif de la loi, ce qui permet de régulariser dès leur date d'émission des actes dont la légalité est douteuse ou contestée[29].

Alors qu'en France ce procédé est très répandu dans le domaine des actes administratifs, il semble que le phénomène se présente sous un jour un peu différent dans les pays anglo-saxons. En ce sens, il faudrait davantage évoquer un procédé d'annulation plutôt qu'une *validatory practice* comme le fait Harlow (1976, p. 122). Il apparaît en ce sens comme une réaction, une riposte, qu'ont les autorités face à une décision judiciaire. À un niveau plus ou moins caricatural, l'affaire *Burmah* en est le plus célèbre exemple. En 1942, durant l'avance japonaise en Birmanie, les autorités militaires britanniques avaient ordonné la destruction des installations de la Burmah Oil Company, de peur qu'elles ne tombent entre les mains de l'ennemi. En 1961, cette compagnie a entamé une poursuite en vue d'obtenir une compensation pécuniaire. Même s'il s'agissait d'un acte résultant de l'exercice de la prérogative royale, le Conseil privé a reconnu le droit à une juste compensation pour les dommages subis en invoquant le fait [TRADUCTION] «qu'il existe aucune règle générale permettant, même en cas de guerre ou de danger imminent, d'exercer la prérogative en s'appropriant ou en détruisant des biens sans indemniser leur propriétaire» (p. 102). Malgré la décision fort élaborée du Conseil privé, les autorités ont immédiatement réagi en faisant adopter ... *An Act to abolish rights at common law to compensation in respect of damage to, or destruction of, property effected by, or on the authority of, the Crown during, or in contemplation of the outbreak of, war* (1965, chap. 18). Malgré la reconnaissance de ses droits par la plus haute juridiction du pays, la requérante n'a donc rien obtenu.

---

28. Braibant, 1961, p. 64; Lesage, 1960, p. 318; Auby, 1977. Pour des exemples récents de validation, voir Pacteau, 1983. Du même auteur (1985, p. 343), voir les développements sur la remise en cause législative de la chose jugée.

29. À deux reprises, le Conseil Constitutionnel a reconnu la constitutionnalité du procédé (Décision nº 80-119 DC du 22 juillet 1980; *A.J.D.A.* 1980, 480. Décision nº 85-192 DC du 24 juillet 1985; *A.J.D.A.* 1985, 485 (note J.J. Bienvenu)). Pour cette seconde affaire, le procédé était pour le moins audacieux, puisque les décisions individuelles à la base du litige ont été validées avant même qu'elles ne soient prises ...

Le droit britannique offre également d'autres exemples plus proches de la pratique française de la validation. Parmi diverses lois adoptées par le Parlement britannique pour couvrir les actes illégaux des troupes britanniques stationnées en Irlande du Nord, celle de 1972, le *Northern Ireland Act*, prend un relief particulier. En effet, le 23 février 1972, un tribunal d'Irlande du Nord déclarait illégaux les règlements conférant des pouvoirs exceptionnels aux troupes britanniques (O'Higgins, 1972). Réagissant avec une vitesse remarquable, le Gouvernement britannique faisait adopter dans la nuit du 23 au 24 la loi en question pour rendre rétroactivement légaux les pouvoirs conférés aux militaires, enlevant du même coup toute possibilité de réclamation pour dommages. Pourtant, presqu'un siècle auparavant, Dicey attaquait violemment de pareilles pratiques (1911, p. 84). Il est en effet discutable que l'Administration puisse enfreindre les exigences de la légalité tout en sachant qu'il existe toujours un exutoire au bout de la ligne. N'est-ce pas l'encourager à faire bon marché des règles du droit administratif?

Au Canada, le procédé de la validation législative est également utilisé (Lemieux, 1983, p. 7-22). En 1973, la Cour suprême a été confrontée à un problème de ce type dans l'affaire *Woodward*. Le ministre des Finances avait déterminé le montant des droits successoraux à payer par la succession Woodward en fonction du *Succession Duty Act* de Colombie-Britannique. Comme ce montant reposait sur la base d'une évaluation qui interprétait la nature du lien de parenté entre le testateur et un organisme charitable, les exécuteurs testamentaires ont contesté la décision ministérielle. Ce litige devait perdre rapidement toute signification suite à une intervention législative[30]. Même en la percevant comme étant de nature privative, la Cour suprême n'en a pas moins validé cette pratique tout en constatant (p. 127) que «[l]a dernière partie de cette disposition ne ressemble à aucune autre disposition déjà étudiée par les tribunaux[31]». Quant à l'opportunité d'un pareil procédé, la Cour suprême s'est montrée décevante en affirmant que «[c]ette Cour n'a pas pour fonction d'étudier les principes directeurs d'une loi validement adoptée» (p. 130), ce qui revient à faire prévaloir une conception assez étroite du principe de la souveraineté parlementaire.

Ce phénomène de la validation a posteriori ne se limite pas au droit administratif. Il apparaît comme une pratique législative de portée générale qui n'a pas pour objet exclusif le fonctionnement de l'Administration. Une loi peut supprimer ou réduire les effets d'un jugement sans qu'il y ait forcément un acte administratif en litige. C'est ce que révèle une affaire de 1953 (*Western Minerals Ltd.* v. *Gaumont*) portant directement

---

30. En 1970, l'article 5 de *An Act to Amend the Succession Duty Act* disposait que :

    [TRADUCTION]
    Aux fins du paragraphe (1), le ministre, à sa discrétion absolue, peut déterminer si une fin ou un organisme est d'ordre religieux, charitable ou éducatif, et la décision du ministre est finale et concluante et lie toutes les personnes et, nonobstant l'article 43 ou 44 ou toute autre disposition contraire de la présente loi, elle n'est sujette à aucun appel, examen ou révision en quelque cour que ce soit, *et toute décision que le ministre a rendue en vertu du présent paragraphe est par les présentes ratifiée et confirmée et lie toutes les personnes*. [C'est nous qui soulignons]

31. Elle devait notamment conclure que «ces termes assurent une ratification législative à toute décision que rend le ministre en vertu de l'art. 5(2), dans sa forme modifiée, même si pareille décision serait invalide en l'absence de cette disposition» (p. 129).

sur l'interprétation d'une loi albertaine[32]. Ici encore, la Cour suprême s'est inclinée sans regimber devant le fait accompli en constatant (p. 367) que [TRADUCTION] «l'assemblée législative provinciale n'a pas outrepassé ses pouvoirs en adoptant le *Sand and Gravel Act*, qui est déclaratif de ce qu'est et de ce qu'a toujours été le droit de l'Alberta; appliquée à la présente espèce, cette loi enlève tout fondement à l'action de l'appelant[33]». Pourtant, dans un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, les juges s'étaient déjà insurgés contre une loi ontarienne de 1935 déclarant qu'un certain nombre de contrats [TRADUCTION] «[sont par les présentes] déclarés être et avoir toujours été illégaux, nuls et non exécutoires contre la *Hydro-Electric Power Commission* de l'Ontario», laquelle contenait également une disposition privative pour éliminer toute contestation (*Beauharnois Light, Heat and Power Co.* v. *The Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, p. 798). Les juges ont refusé cette ingérence dans le fonctionnement de la justice en déclarant nulles de telles dispositions, notamment en invoquant le fait que [TRADUCTION] «l'assemblée législative ne pouvait, par l'adoption d'une loi déclaratoire ou d'une proclamation quelconque, empêcher les tribunaux de l'Ontario de se prononcer ainsi [sur le caractère *ultra vires*]» (p. 821). Lorsque des droits importants paraissent menacés, les tribunaux peuvent donc se montrer restrictifs face à la volonté formelle du Législateur. Comme ils disposent d'une indépendance considérable, il faut donc déplorer qu'ils ne soient pas davantage critiques à l'égard des validations législatives.

L'étendue du procédé est de nature à sensibiliser sur une difficulté réelle. Les administrés sont dans une situation précaire, dans la mesure où une intervention législative ou administrative, postérieure ou antérieure au jugement, peut les priver du bénéfice d'un verdict qui leur est favorable, ou pourrait l'être. Même si dans certaines circonstances la validation s'avère indispensable pour éviter des annulations en série[34], son utilisation ne devrait pas être de nature à porter atteinte à des droits reconnus dans le cadre d'une instance contentieuse. Il s'agit en quelque sorte de renverser le vieil adage selon lequel *Justice should not only be done, but seem to be done*. Il faut simplement éviter que le processus judiciaire ne soit qu'une apparence, un artifice formel sans signification véritable, puisqu'il se solderait uniquement par des victoires morales pour les administrés. Ce danger n'est pas qu'une simple hypothèse de recherche, puisque par la reprise de l'acte annulé, l'Administration peut effectivement se dérober aux effets d'un jugement.

---

32. En vertu d'une loi de l'Alberta datant de 1942, le *Land Titles Act*, la compagnie appelante détenait un certificat minier lui réservant la propriété [TRADUCTION] «de toutes les mines, de tous les minéraux, de tout le pétrole, gaz, charbon et de toute pierre ayant une valeur commerciale et se trouvant dans ou sous deux parcelles de terrain à l'égard desquelles les intimés Gaumont et Brown étaient les titulaires respectifs du droit de superficie en vertu de la Loi». Ces diverses parties se disputaient la propriété du sable et du gravier, même si la loi permettait vraisemblablement leur inclusion dans les matières minérales couvertes par le certificat minier. Le juge de première instance devait donner raison sur ce point à la compagnie minière. Toutefois, les effets de ce jugement furent littéralement anéantis par l'adoption du *Sand and Gravel Act* de 1951, lequel réservait au propriétaire de la surface du sol la propriété exclusive du sable et du gravier.

33. Certains juges ont même adopté une attitude résolument conciliante en conférant une portée déclaratoire à cette loi. Selon le juge Cartwright, [TRADUCTION] «ses dispositions manifestent l'intention, non pas de modifier le droit, mais bien de déclarer, en fonction des objectifs recherchés par le législateur, ce qu'il a toujours été» (p. 367).

34. «La répercussion d'une annulation sur des décisions régulières en elles-mêmes, intervenues postérieurement mais viciées par l'illégalité de l'acte annulé, peut conduire à une telle imbrication de conséquences qu'il n'y a pas d'autre moyen que de procéder à une validation législative, afin d'éviter des troubles encore plus graves que le non-respect de la chose jugée» (de Baecque, 1982-83, p. 184).

b) *La reprise de l'acte annulé*

Dans le domaine des actes administratifs individuels, par exemple en matière de permis, de licences, d'autorisations, les administrés peuvent facilement perdre le bénéfice d'un jugement qui viendrait censurer une illégalité du processus décisionnel. Suite à une annulation contentieuse, l'Administration a le devoir de se conformer à l'autorité de chose jugée, ce qu'elle peut fort bien faire en corrigeant la cause de l'annulation dans le but de rendre la même décision à l'égard du requérant[35]. Celui-ci n'a obtenu en fin de compte qu'un succès provisoire qui n'était pas réellement de nature à compromettre une échéance finale, qui de toute façon, lui était défavorable. Pour les autorités, il s'agit d'une parade très efficace en vue de se soustraire aux effets du jugement, véritable subterfuge que Harlow décrit comme [TRADUCTION] «l'annulation cynique par l'Administration de la décision d'une cour supérieure» (1976, p. 121). À l'inverse, on peut considérer que cette pratique n'offre rien de répréhensible puisque les autorités ont le devoir de corriger une simple irrégularité formelle et rien de plus. En définitive, que faut-il en penser?

Ironie du hasard ou illustration d'un phénomène trop répandu, cette pratique est venue amoindrir la portée de deux arrêts que l'on considère comme exemplaires en droit administratif. Dans l'affaire *Roncarelli* v. *Duplessis*, le requérant, propriétaire d'un restaurant à Montréal, avait été privé en 1946 de son permis d'alcool pour le seul motif de son appartenance à une secte religieuse. Dans sa poursuite judiciaire, il réclamait des dommages-intérêts en invoquant l'illégalité de la révocation de son permis. En 1959, soit treize ans après les faits justificatifs du litige, la Cour suprême devait reconnaître le bien-fondé de sa réclamation en constatant qu'il y avait eu mauvaise foi dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Toutefois, le Sieur Roncarelli n'a jamais revu la couleur de son permis puisqu'il suffisait à la Commission des Liqueurs du Québec de ne plus faire mention de l'appartenance religieuse du requérant dans les refus qu'elle lui opposait. Il suffisait donc de reprendre l'acte en corrigeant le motif d'illégalité. Certes, la Cour suprême ne pouvait déclarer le droit de Roncarelli à l'émission du permis, ce qui aurait été *ultra petita* dans le cadre d'une réclamation en dommages dirigée contre Duplessis. Si exemplaire soit-elle, cette décision n'en révèle pas moins que l'Administration a souvent le dernier mot...

La célèbre affaire *Padfield* apparaît encore plus troublante. En vertu du *Agricultural Marketing Act* de 1958, le ministre britannique de l'Agriculture avait l'obligation de former un comité d'enquête pour vérifier le bien-fondé de plaintes émanant de groupements de producteurs. Malgré les représentations faites par des producteurs laitiers du Sud-Est de l'Angleterre sur l'inadaptation du *Milk Marketing Scheme* à leurs intérêts pécuniaires, le ministre avait péremptoirement refusé de former un comité susceptible d'étudier le mérite de leur demande. Même si le ministre jouit d'un pouvoir discrétionnaire dans la poursuite des objectifs de la loi, les juges n'en ont pas moins estimé que l'exercice de ce pouvoir ne pouvait contrarier certaines exigences fondamentales prévues dans la loi (*policy of the Act*). Respectueux de ce verdict, le

35. Ce scénario n'est pas le seul que l'on puisse envisager suite à l'annulation contentieuse d'un acte administratif. En fonction de la nature de l'acte annulé, et également des motifs d'annulation, l'Administration peut n'avoir rien à faire, ou au contraire, doit agir par diverses mesures matérielles et juridiques, ou encore, doit reprendre la même décision en se conformant à diverses conditions. Sans vouloir nier le caractère complexe et imprévisible des conséquences inhérentes à tout verdict d'annulation, c'est principalement cette dernière hypothèse qui nous intéresse. Sur l'ensemble, voir notamment Massot, 1979-80.

ministre devait former le comité pour entendre les requérants, mais pour aussitôt rejeter leur demande. Et la doctrine de conclure : [TRADUCTION] «Le recours s'est avéré illusoire; le ministre pouvait rendre la même décision en ne manifestant qu'une déférence purement formelle à l'égard du tribunal, et le coût en temps et en argent ne peut que dissuader les éventuels demandeurs» (Harlow, 1976, p. 120).

Le respect des formes ne doit donc pas créer de fausses illusions. Bien qu'elle puisse éventuellement se déjuger, il y a de fortes chances que l'Administration reprenne en substance la même décision. Si elle possède un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, il est peu vraisemblable qu'elle revienne sur sa décision initiale puisque sa doctrine est généralement bien fixée. L'administré n'aura pour seul résultat qu'une victoire à la Pyrrhus[36].

La célèbre affaire *Nicholson* est une excellente illustration de ce genre de difficultés. Il s'agit d'une longue saga judiciaire qui s'est terminée sans que l'appelant puisse réellement obtenir gain de cause quant à sa réintégration à titre d'agent de police. Il avait été congédié par un comité administratif (Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police) suite à un processus de regroupement urbain qui nécessitait une réduction des effectifs policiers. Il avait été destitué sans audition ni enquête sur les circonstances particulières de son cas. Dans un jugement majoritaire (cinq juges contre quatre), la Cour suprême a estimé qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale car Nicholson «aurait dû être traité équitablement et non arbitrairement» (p. 324). Désireux de se conformer au verdict du tribunal, le comité devait par la suite expédier un avis à l'intéressé pour l'informer qu'une audition complète serait tenue pour statuer sur son cas. Ce même comité devait également lui transmettre une lettre supplémentaire avec onze motifs de congédiement ... Manifestement, Nicholson s'acheminait vers un nouveau congédiement, mais cette fois-ci dans les formes ...[37] Même si elle est susceptible d'essuyer des mécomptes pour vices de forme ou autres erreurs procédurales, l'Administration est presque certaine de toujours gagner sur le fond, surtout dans l'hypothèse d'une appréciation discrétionnaire.

Malgré plusieurs incertitudes[38], les autorités n'en restent pas moins tenues de reprendre toute procédure que le juge déclare irrégulière. Si l'Administration doit «normalement» se conformer à la légalité, en l'occurrence celle que le juge détermine,

---

36. Sa victoire sera d'autant plus relative que l'acte administratif dont il aura réussi à obtenir l'annulation n'en aura pas moins produit des effets matériels et juridiques dès le jour de son émission. Comme le signale Massot, «l'acte annulé a beau être entièrement «effacé», le juge ne peut empêcher qu'il ait produit certains effets, parfois même tous ses effets, et seule la science-fiction admet que l'on remonte le cours du temps» (1979-80, p. 116).

37. Voir *Re Nicholson and Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*.

38. D'autres difficultés peuvent également surgir. L'administré peut éventuellement essuyer de nouveaux refus par suite d'un changement dans les dispositions applicables à son cas. Entre la décision initiale qui a fait l'objet d'une annulation et la seconde, le temps écoulé est parfois considérable. Dans des domaines mouvants comme celui de l'aménagement du territoire ou des affaires sociales, le droit se modifie rapidement et l'administré peut éventuellement perdre le bénéfice escompté. Dès lors, l'Administration est-elle tenue d'appliquer le droit en vigueur au moment de la décision initiale ou les dispositions nouvelles? En pareilles circonstances, le jugement peut-il avoir une portée rétroactive? Le droit que le juge utilise est-il celui relatif à la demande initiale, à l'introduction de l'instance contentieuse ou au jour du prononcé du jugement? Sans vouloir répondre à ces questions complexes, il faut noter que, normalement, l'Administration est tenue d'appliquer la légalité existante pour toute nouvelle demande, sauf disposition contraire de la loi. Or, et c'est là le problème, la reprise d'un acte annulé place-t-elle l'administré en situation de nouvelle demande? Dans l'affaire *Nicholson*, le juge Linden a répondu par la négative.

ce phénomène de reprise se présente sous un aspect plus favorable : «On ne peut critiquer cette attitude, dans la mesure où l'auteur de la décision respecte alors pleinement le principe de la légalité» (Lemieux, 1983, p. 7-25). Il faut simplement retenir que ce procédé peut éventuellement conduire à des abus même s'il est requis par des exigences de légalité. Dans l'affaire *Padfield*, le ministre a substantiellement méconnu l'autorité de chose jugée en négligeant de procéder à une étude sérieuse des griefs présentés par les producteurs laitiers. Reprendre le même acte ne suffit pas, encore faut-il que l'Administration respecte certaines garanties de fond qui s'attachent à son édiction. Dès lors, tout est fonction du motif d'annulation et de la nature du pouvoir détenu par l'Administration. Si le vice n'était que purement formel, les autorités peuvent facilement se retrancher derrière une attitude formaliste. En réalité, elles ont l'obligation de procéder à une nouvelle instruction en respectant toutes les exigences procédurales, tant de forme que de fond. La reprise de l'acte annulé ne devient un procédé discutable qu'en cas de non-respect des exigences de fond.

Tout ce phénomène n'en reste pas moins troublant. Il montre avec éloquence que des limites sérieuses viennent restreindre la portée de tout contrôle juridictionnel. Si ce contrôle ne porte que sur des vices de forme, le requérant ne peut guère espérer de résultats substantiels quant au mérite de sa demande. Au refus administratif déclaré invalide par le juge, viendra tout simplement s'en substituer un autre, désormais conforme aux exigences de légalité externe. Et pourtant, l'administré aura été entendu ...

Sans nourrir trop d'illusions, il serait peut-être intéressant de dégager un nouveau principe selon lequel l'exécution du jugement ne peut porter atteinte aux droits qui ont été judiciairement reconnus (plus précisément, le droit à une reconsidération honnête et équitable de tous les éléments qui concourent à la formation d'une décision). Cette reconnaissance associerait ainsi les éléments de forme et de fond qui sont à la base de tout processus procédural. Il faut toutefois noter que cette garantie ne viserait que des éléments de droit et non pas les faits qui sont à la base du litige. Entre-temps ... ces derniers pourront fort bien évoluer de façon à compromettre le rétablissement de la légalité ...

c) *La modification unilatérale de la situation litigieuse*

Dans un grand nombre de litiges, le simple écoulement du temps peut facilement tout compromettre pour le demandeur. Ces difficultés sont susceptibles d'être amplifiées par le comportement de la partie adverse, laquelle peut multiplier les mesures dilatoires, ou encore, agir de façon à rendre le jugement final sans effet.

L'Administration peut elle aussi compromettre irrémédiablement le rétablissement de l'autre partie dans ses droits originels. Elle peut le faire d'autant plus facilement qu'elle bénéficie, lorsqu'elle est identifiée ou associée à la Couronne, d'une immunité contre l'exécution provisoire. L'exemple le plus éloquent de ce genre de difficulté est sans doute l'affaire de la Baie James, dans laquelle la poursuite des travaux d'aménagement ruinait d'avance les effets d'un jugement final qui aurait pu, par hypothèse, être favorable aux amérindiens.

Des faits récents permettent de mieux apprécier l'acuité de ce problème. Il s'agit des derniers rebondissements judiciaires de l'affaire des expropriations de Mirabel, laquelle pourrait éventuellement s'acheminer vers un règlement de nature politique.

Trois expropriés avaient formé une action en vue d'obtenir l'annulation des expropriations effectuées en trop par les autorités fédérales. Malgré cette contestation judiciaire, la Société immobilière du Canada (S.C.I.-Mirabel) n'en poursuivait pas moins la rétrocession, par vente ou location, des terres expropriées en trop. En décembre 1983, elle avait même lancé une campagne publicitaire, à risque évidemment de ruiner les efforts des requérants qui désiraient que les terres soient remises aux expropriés initiaux. Pour le procureur des requérants, ces opérations rendaient le procès inutile à toutes fins pratiques.

Afin de surseoir à la vente des terrains, une requête en injonction interlocutoire avait été présentée en Cour fédérale. En première instance, le juge avait admis, qu'en cas de refus de sa part, les terres pourraient être revendues[39]. La requête ayant quand même été refusée, ce problème devait resurgir en division d'appel dans des termes analogues : «... le recours des appelants sera rendu illusoire si, en raison de l'aliénation des terres, il leur devient impossible à tout jamais de réintégrer leurs héritages» (p. 870).

Par un jugement majoritaire, la Cour d'appel devait néanmoins confirmer le verdict de première instance. Même si le juge Pratte constatait, presqu'à regrets, «qu'il s'agit ici d'un cas où le statu quo devrait être maintenu pendant l'instance» (*Ibid.*), l'immunité de la Couronne contre l'injonction n'en a pas moins prévalu. Pour le juge Hugessen, dissident, «l'inégalité des rapports de force entre les deux parties en présence est telle» qu'il émettrait «une ordonnance enjoignant aux intimés de ne pas aliéner les terres ... jusqu'à jugement final» (p. 872).

Malgré la sensibilité affichée par certains juges, rien ne permet de s'opposer à la modification de la situation litigieuse par l'État, l'immunité absolue restant la règle à peu d'exceptions près. Le litige risque ainsi d'évoluer vers un résultat qui rend les possibilités d'exécution beaucoup plus aléatoires, l'instance contentieuse devenant dès lors le cadre de négociations et de tractations au détriment de la reconnaissance des droits en présence. La modification de la situation litigieuse permet justement de contraindre l'autre partie à négocier, à rechercher le compromis, puisque le but initial de l'instance perd graduellement sa signification. Or, de ce jeu de pressions réciproques, nul doute que l'État puisse aisément sortir vainqueur.

Ce problème n'est pas facile à résoudre puisque l'Administration peut facilement invoquer les impératifs de l'intérêt public et la nécessité de ne pas interrompre le bon fonctionnement des services publics. Une affaire comme celle des missiles de croisière est un exemple parmi d'autres d'un domaine où des impératifs de sécurité nationale peuvent être invoqués pour ne pas interrompre l'expérimentation d'une nouvelle technologie (*Operation Dismantle* c. *la Reine*). En contrepartie, les administrés peuvent avoir un intérêt légitime à un sursis d'exécution. En l'état actuel du droit, ils ne disposent d'aucune garantie sérieuse, ce qui risque de conférer un caractère factice à l'instance contentieuse. En invoquant une quelconque moralité administrative, faudrait-il riposter en enjoignant à l'Administration d'être respectueuse des droits des tiers? Ceci reviendrait à la soumettre à une moralité plus exigeante sous prétexte qu'elle ne

39. «Qu'adviendrait-il de cette action si hypothétiquement je n'accordais pas l'injonction interlocutoire? Ceci aurait certes pour effet de clore le débat, du moins quant aux fins recherchées, en ce que les terres seraient revendues rendant ainsi illusoire la possibilité pour les demandeurs de se faire déclarer propriétaires de ces terrains et sans fondement la demande en injonction permanente» (*C.I.A.C.* c. *La Reine*, p. 6-7).

poursuit pas des fins de nature privée. Si l'État est présumé bon débiteur, doit-il également faire figure de bon plaideur? À l'inverse, il est toujours possible d'argumenter que rien ne parvient à singulariser l'État et qu'il peut donc agir à sa guise dans un litige. Comme n'importe quelle partie privée, il aurait également la possibilité de recourir à des pressions extra-contentieuses. Ne serait-ce pas là l'ultime conséquence du principe d'égalité devant la loi, la possibilité de coups bas étant également offerte à tous ...?

Autant de faits qu'il semble difficile de concilier. Sur le plan des arguments généraux, comment trancher en faveur des autorités ou des administrés? Par contre, d'autres éléments propres au litige pourraient être pris en considération, notamment la nature des fins poursuivies par l'Administration. Derrière la notion de Couronne se camouflent les intérêts de l'Administration et les multiples identités de l'État. De toute évidence, une réflexion plus poussée sur la nature des activités administratives serait susceptible de faire apparaître des solutions davantage conformes aux intérêts des parties en présence, ce que nous comptons faire ultérieurement.

II. *L'inefficacité des moyens de substitution*

Les administrés sont confrontés à une double difficulté en matière d'exécution. À l'immunité législative et jurisprudentielle dont jouit l'Administration par l'intermédiaire de la Couronne, viennent s'ajouter de multiples pratiques administratives. Ces dernières peuvent conduire à des résultats tout aussi efficaces pour les autorités. Il s'agit maintenant de vérifier si les administrés peuvent répliquer efficacement en cas de non-respect de la chose jugée. Il existe quelques recours qui pourraient laisser présumer qu'ils disposent de moyens tangibles pour en arriver à un degré satisfaisant d'exécution. Certains sont de nature passive, comme le recours à l'autorité de chose jugée et l'utilisation du jugement déclaratoire. D'autres impliquent une contestation plus active, comme c'est le cas de l'injonction et de l'outrage au tribunal. Même si ces moyens semblent prometteurs, leur étude risque toutefois d'en révéler les limites dans le contexte particulier de l'immunité d'exécution.

A. Les remèdes passifs

L'autorité de chose jugée et le jugement déclaratoire sont-ils réellement des moyens de nature passive? Celui qui désire s'en prévaloir ne doit pas rester inactif, notamment en matière de jugement déclaratoire, ce moyen étant une véritable instance avec toutes les démarches que l'on peut imaginer. Sa dimension véritable n'en est pas moins de nature passive puisque le résultat recherché n'implique pas l'utilisation de sanctions et de contraintes. En cas de succès, les autorités n'auraient en principe qu'à s'incliner, tenues moralement de respecter le verdict du juge. Dans la mesure où le problème est justement de surmonter une immunité contre les effets d'un jugement, l'utilité de pareils moyens paraît dès lors sérieusement compromise.

1. L'autorité de chose jugée

Pour l'essentiel, la *res judicata* se présente comme un moyen préventif destiné à protéger la situation des parties suite à un jugement. La sécurité des relations juridiques exige que les décisions de justice devenues définitives ne puissent être remises en question[40]. La chose jugée apparaît comme un moyen de défense que l'on invoque généralement au début d'une nouvelle instance qui a pour objet des points de fait ou de droit sur lesquels le juge s'est déjà prononcé. En droit québécois, cette défense prend la forme d'une exception de non-recevabilité qui doit être soulevée comme moyen préliminaire avant de plaider au fond (*Code de procédure civile*, art. 165.1). Pour être admise, elle doit remplir les exigences de la règle des trois identités: l'objet, la cause et les personnes (Nadeau et Ducharme, 1965, p. 469; Nadeau, 1963). En common law, la doctrine de la *res judicata* est généralement considérée comme un simple démembrement de «l'estoppel»[41]. Pour l'invoquer, non seulement faut-il démontrer que [TRADUCTION] «l'objet du litige [est] le même dans la deuxième action», mais encore faut-il prouver que le jugement invoqué [TRADUCTION] «[est] définitif et [doit] donc être suivi par tout autre tribunal», et qu'en plus, le plaignant qui revient à la charge a omis par sa propre faute de soulever, lors du premier litige, des éléments de fait ou de droit qu'il invoque dans le second (*Halsbury*, 1983, Vol. 16, p. 1028). L'autorité de chose jugée est considérée comme une présomption irréfragable, la décision du tribunal devenant pour toutes les parties en cause «la vérité juridique pleine et entière» (Nadeau et Ducharme, 1965, p. 447).

Dans la perspective de l'immunité d'exécution, le recours à l'autorité de chose jugée soulève deux difficultés majeures. Cet argument apparaît essentiellement comme un moyen de défense et non pas comme le support d'une contestation active. L'individu qui voudrait, sur la base de ce seul critère, contraindre l'Administration récalcitrante à respecter le jugement rendu en sa faveur, ne dispose que de moyens extra-contentieux. Il peut chercher à faire pression sur les autorités pour qu'elles se conforment à la chose jugée, quitte à assortir ces rappels de menaces de nouvelles poursuites. Dans cette perspective, la chose jugée n'est qu'un principe général du droit et non un recours de nature juridictionnelle. Elle peut ainsi être invoquée à l'appui d'autres recours, encore que l'on puisse douter de la pertinence d'un tel argument contre la Couronne.

En effet, et c'est la seconde difficulté, le statut de la Couronne à l'égard de l'autorité de chose jugée n'est pas clair. En principe, [TRADUCTION] «le Roi n'est pas lié par des fictions juridiques ou par ses relations juridiques avec autrui, ni par des ‹estoppels› » (Lyman, 1978; Chitty, 1820, p. 381). Cette affirmation reste valable pour les deux catégories d'«estoppels», «estoppel by record» (tiré des modes de preuve ou des allégations contenues dans la plaidoirie de la partie adverse, donc interne au procès) et «estoppel by deed or estoppel in pais» (tiré de la conduite de l'autre partie avant le

40. Watrin, 1958, p. 29. Dans la perspective du droit administratif français, Pacteau fait des distinctions subtiles et intéressantes entre «chose jugée rejetée», «chose jugée accordée», «chose jugée déclarée» (1985, p. 269). Voir également Delvolvé qui rappelle à l'ordre l'ensemble de la doctrine en soulignant la permanence de la distinction fondamentale entre «force de chose jugée» et «force exécutoire» (1983-84, p. 115). La seconde n'est pas forcément liée à la première, notamment en matière de jugements interlocutoires.

41. Pour comparer droit civil et common law sur ce sujet, voir : Wasserman, 1956; Nadeau, 1986.

début de l'instance)[42]. Dans la mesure où [TRADUCTION] «la doctrine de la *res judicata* est un démembrement de l'«estoppel»» (*R.* v. *St-Louis*), on pourrait donc présumer que la Couronne n'est pas liée par l'autorité de chose jugée.

Certains auteurs ne l'entendent pas ainsi : [TRADUCTION] «Bien que Sa Majesté ne soit pas liée par l'«estoppel», elle n'en doit pas moins respecter l'autorité de chose jugée» (*The Canadian Encyclopedic Digest*, 1985, p. 141; Mundell, 1953, p. 208). Les arrêts que Mundell invoque ne permettent pas de trancher cette question de façon catégorique[43]. Si la célèbre affaire *R.* v. *Dominion Building Corp. Ltd.* n'est pas assez explicite, il n'en va pas de même d'un arrêt de 1897 de la Cour de l'Echiquier, *R.* v. *St-Louis*, très clair sur le fait que [TRADUCTION] «l'autorité de chose jugée peut être invoquée à l'encontre de la Couronne (p. 330)». Il faut cependant observer que depuis le début de ce siècle, la Cour suprême ne semble pas s'être clairement prononcée sur ce point, à l'exception du droit pénal où la chose jugée bénéficie au prévenu pour éviter des condamnations successives (*Kienapple* c. *la Reine*; Del Buono, 1983, p. 301). En procédure civile, le doute subsiste encore.

La Couronne peut-elle effectivement être liée par l'autorité de chose jugée? Comme l'ouvrage de Chitty laisse présumer que la Couronne dispose traditionnellement d'une immunité en la matière, il faudrait normalement invoquer une disposition législative expresse à l'effet contraire[44]. Mais au-delà des traditionnels arguments de texte, l'obstacle le plus sérieux à l'assujettissement de la Couronne n'en reste pas moins la chose jugée elle-même. En droit civil, par exemple, le contenu de l'autorité de chose jugée se définit par trois éléments classiques : la force légale de vérité, la force obligatoire et la force exécutoire (Watrin, 1958, p. 39). Le droit anglais reprend en substance ces trois éléments, notamment par l'idée de *conclusiveness of judgments* (*Halsbury*, 1983, Vol. 26, p. 273). Or, de ces éléments, celui de la force exécutoire ne peut s'appliquer à la Couronne puisque celle-ci bénéficie précisément d'une immunité complète en matière d'exécution forcée. Le droit à l'exécution est l'un des attributs normaux de la chose jugée et s'il vient à manquer, cette dernière ne peut plus être invoquée. En effet, [TRADUCTION] «la majorité des jugements et ordonnances imposent à une ou à plusieurs parties d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte; si les personnes concernées n'y obtempèrent pas, il faut utiliser d'autres procédures juridiques pour obtenir leur respect» (*Id.*, p. 289), en particulier ... [TRADUCTION] «divers modes d'exécution et procédures analogues» (*Ibid.*). Une analyse qui porte directement sur le statut constitutionnel des tribunaux et sur le fondement juridique de leurs pouvoirs, de même que sur les notions de jugement et de chose jugée, permet de mesurer l'étendue

---

42. Il faut toutefois noter qu'en 1916 un arrêt britannique avait admis que la Couronne puisse être liée par «l'estoppel in pais» (*Attorney-General to the Prince of Wales* v. *Collom*), donnant ainsi naissance à un courant jurisprudentiel minoritaire, tant en Grande-Bretagne qu'au Canada : *R.* v. *Gooderham and Worts Ltd.*; *Queen Victoria Niagara Falls Park Commissioners* v. *International Railway Co.*; *R.* v. *C.P.R.* Cette jurisprudence ne fit pas long feu car dès 1932, dans l'affaire *R.* v. *Capital Brewing Co. Ltd.*, le juge Angers de la Cour de l'Échiquier réaffirmait avec force que [TRADUCTION] «l'«estoppel» ne peut être invoqué contre la Couronne en raison d'opinions et d'énoncés contenus dans un rapport ministériel ou dans une lettre émanant d'un de ses préposés ou de ses fonctionnaires» (p. 182).

43. Au siècle dernier, le juge Gwynne a effectivement décidé, sans viser expressément la Couronne, que les autorités fédérales étaient liées par l'autorité de chose jugée : *Fonseca* v. *Attorney General of Canada*, p. 619.

44. Dans l'affaire *R.* v. *St-Louis*, c'est le raisonnement qui avait été suivi par le procureur de l'une des parties, qui prétendait, par le jeu de l'article 6 du Code Civil (Bas-Canada), que la Couronne était liée par l'article 1241 de ce même code relatif à la définition de la *res judicata* (p. 341).

du statut spécial de la Couronne. Comme elle est au-dessus des lois, la Couronne est également au-dessus de la chose jugée. Ce constat pour le moins surprenant apparaît conforme à l'état du droit.

Dans un contexte aussi défavorable, la chose jugée ne reprend son sens que pour des jugements qui n'impliquent pas le recours à une quelconque forme d'exécution, mais simplement le respect d'une sentence qui produit d'elle-même des effets. C'est notamment le cas du jugement déclaratoire qui apparaît ainsi comme l'une des seules hypothèses où l'autorité de chose jugée pourrait s'appliquer à la Couronne. Mais là encore, de nouvelles difficultés risquent de surgir si ce moyen est utilisé pour forcer les autorités à exécuter un jugement.

2. Le jugement déclaratoire

Même si Mullan estime que [TRADUCTION] «aucune disposition de la *Loi sur la Cour fédérale* n'autorise expressément les tribunaux à prononcer des jugements déclaratoires ... contre la Couronne» (1975-76, p. 116), d'autres auteurs fondent l'utilisation de ce recours sur l'article 17 (Lemieux, 1983, p. 6-09), ou encore sur l'article 18 de cette loi (Dussault, 1974, p. 1009). En réalité, les tribunaux ne semblent pas avoir été très soucieux de clarifier ces problèmes de fondement pour admettre sur une assez large échelle l'utilisation du jugement déclaratoire contre la Couronne (voir notamment *Emms* c. *La Reine*; *Smith* c. *La Reine*; *General Bearing Service Ltd.* c. *La Reine*). En agissant de la sorte, ils ont conféré à ce moyen un sens et une portée qui étaient traditionnellement reconnus dans les pays de common law (Zamir, 1962, p. 11). En Grande-Bretagne, l'action déclaratoire a connu une extension considérable en droit administratif (Wainwright, 1981-82, in fine). Si l'expansion et le succès croissant d'un tel recours sont des faits indéniables, peut-on toutefois l'utiliser pour contraindre la Couronne à l'exécution forcée[45]? Dans la mesure où la contrainte et le fait d'obliger semblent peu compatibles avec l'esprit d'un tel recours, n'est-ce pas justement en dénaturer la finalité première?

Au départ, le jugement déclaratoire était bien un recours de nature préventive par opposition à l'idée de justice curative[46]. Au Québec notamment, un accent particulier avait été mis sur cette distinction pour justifier l'introduction du jugement déclaratoire sur requête dans le nouveau Code de procédure de 1966 (*Code de procédure civile*, art. 453 à 456; Ferron, 1973; Sarna, 1973). Cette distinction présente désormais une portée plus relative puisque la Cour suprême a admis la recevabilité du jugement déclaratoire pour prononcer l'annulation de certains règlements municipaux (*Duquet* c. *Ville de Ste-Agathe*; Grey, 1978). Déjà admise en droit administratif anglais (Wainwright, 1981-82, p. 26; *Congreve* v. *Home Office*), cette utilisation extensive confère un poids beaucoup plus tangible à l'action déclaratoire, désormais susceptible de produire des effets matériels. L'annulation apparaît en effet comme une véritable sanction de l'action administrative, ce qui nous éloigne nettement de l'idée de «droit latent» que l'on demanderait au tribunal de dévoiler[47]. Conçue au départ comme un remède passif pour

45. C'est notamment ce que prétend Garant, 1985, p. 387.

46. [TRADUCTION] «Il faut observer que l'esprit du jugement déclaratoire se résume à la détermination de droits. Il s'agit d'une décision, dans le plus pur sens du terme, qui ne crée pas de nouveaux droits ou de nouvelles obligations, mais confirme l'existence d'une relation juridique. Le jugement déclaratoire a donc simplement pour effet ‹de déclarer quels étaient les droits du demandeur›» (Martin, 1931, p. 547).

47. Sur cette idée de droit latent, voir Ferron, 1973, p. 382.

éclairer le demandeur sur ses droits et obligations[48], l'action déclaratoire acquiert du même coup une portée beaucoup plus active. C'est ainsi que Lemieux (1983, p. 6-09) affirmait récemment que le jugement déclaratoire peut «être utilisé pour *empêcher* un acte illégal» mais aussi pour «*obliger* l'observance d'un devoir» [C'est nous qui soulignons]. Empêcher, obliger, n'est-ce pas justement pouvoir contraindre?

Si audacieux que puissent paraître les progrès d'un tel recours, des limites assez précises empêchent encore de le confondre avec une action directe ou un recours extraordinaire du type mandamus. Certes, une disposition comme l'article 456 du *Code de procédure civile* pourrait laisser présumer son utilisation à des fins coercitives, en précisant notamment que «le jugement déclaratoire ... a les mêmes effets et est sujet aux mêmes recours que tout autre jugement final». Encore faut-il que le jugement déclaratoire puisse effectivement avoir une fonction contraignante, ce qui force à s'interroger sur la finalité d'un tel recours avant même de se pencher sur les procédés de son exécution forcée (sur ce point précis, ses effets se limiteraient à la force obligatoire et n'incluraient pas la force exécutoire).

Dans l'analyse qu'ils proposent de la finalité et de la fonction du jugement déclaratoire, de nombreux auteurs excluent l'idée de but coercitif. En examinant sa portée en droit administratif, Warren conclut paradoxalement que son principal avantage [TRADUCTION] «est l'absence de toute force exécutoire après le prononcé de la sentence ... l'absence de sanctions contre les pouvoirs publics diminue les risques d'hostilité, et confirme que les fonctionnaires de l'État, dans une société démocratique, agissent plus souvent en fonction de ce qu'ils considèrent comme leur devoir que mus par intérêt personnel» (1966, p. 642). De tels propos nous éloignent évidemment de procédés aussi contraignants que celui de l'exécution forcée. Mais comme le jugement déclaratoire peut entraîner l'annulation d'un acte administratif, une telle procédure perd ainsi le caractère platonique que l'on veut bien lui prêter pour laisser planer la possibilité de sanctions réelles. Pour l'Administration, l'annulation de ses actes apparaît comme une sanction véritable. L'idée de sanction perd ici le sens de mesure exécutoire pour représenter au sens large l'objet du jugement. Par exemple, dans un arrêt de la Cour fédérale, la recevabilité d'un jugement déclaratoire visant à obliger le remboursement de taxes «indûment perçues» a été admise (*General Bearing Service Ltd.* c. *La Reine*). Indéniablement, l'idée d'obliger à faire ou à ne pas faire est devenue compatible avec l'objet de ce recours.

L'élargissement de l'objet bute toutefois sur le problème des effets. Lorsque la doctrine se réfère à la notion de sanction, elle l'entend dans son sens traditionnel de mesure exécutoire attachée à l'inobservance d'un acte. Dès lors, le jugement déclaratoire apparaît comme un recours ne pouvant donner ouverture à des sanctions. Pour Wainwright, le jugement déclaratoire «déclare l'état du droit applicable à un moment donné sans prononcer aucune sanction à l'égard du défendeur» (1981-82, p. 23). Ce rejet de l'idée de sanction se traduit par l'exclusion des mesures d'exécution forcée. Rien n'empêche toutefois l'apparition d'autres sanctions. En effet, «bien que la non-conformité à une décision déclaratoire ne se traduise pas par des sanctions légales directes, les actes non conformes aux dispositions des jugements déclaratoires peuvent être considérés comme dénués d'effets légaux au cas où leur validité serait contestée dans une procédure ultérieure» (*Ibid.*). Cette hypothèse ne présente cependant que peu d'intérêt dans l'éventualité où un jugement déclaratoire serait utilisé pour obtenir l'exécution forcée d'un jugement, puisque le problème vient justement de l'inaction des

48. Pour en savoir plus sur l'approche anglaise au dix-neuvième siècle, voir Sarna, 1978, p. 4.

autorités, aucune mesure positive n'étant prise pour en assurer le respect. Ce ne serait qu'en cas de violation active et directe de la chose jugée que les mesures prises pourraient être annulées pour défaut de bases légales, encore qu'un tel remède paraisse peu approprié pour sanctionner des mesures purement matérielles. Pour l'essentiel, il faut donc retenir que le jugement déclaratoire ne donne pas ouverture aux mesures d'exécution forcée. Pépin et Ouellette résument bien cette situation en indiquant qu'un tel jugement «n'a pas de force exécutoire ou coercitive» (1982, p. 364).

Même s'il est éventuellement possible de demander à un tribunal de déclarer le droit à l'exécution en cas de violation de la chose jugée, un tel jugement n'aurait aucun effet puisque les autorités disposent précisément ... de l'immunité d'exécution. Cette alternative est d'autant plus douteuse que l'on ne peut que s'interroger sur l'absurdité d'une situation où un recours judiciaire non susceptible d'exécution forcée servirait de palliatif à un refus d'exécution. Pour contrer la mauvaise volonté des autorités, l'administré recherche justement un effet tangible que ne peut lui procurer le jugement déclaratoire. Pris isolément, ce dernier reste donc assez illusoire et il serait préférable de lui joindre un recours de nature mandatoire comme l'injonction, le principe du cumul des recours étant admis en cette matière (*Pyx Granite* v. *Minister of Housing*; *Le ministre des Finances du Canada* c. *Finlay*; Pépin et Ouellette, 1982, p. 377). Mais là encore, d'autres difficultés surgissent quant à l'utilisation de l'injonction contre la Couronne, ce qui nécessite de nouveaux développements sur ces possibilités de contestation plus active.

B. La contestation active

Même si l'évolution jurisprudentielle tend à reconnaître certains effets directs au jugement déclaratoire, ce moyen n'offre pas encore la possibilité d'une contestation véritable pour forcer les autorités récalcitrantes à agir dans un sens déterminé. Une contestation de cette nature relève normalement de recours de nature mandatoire, tels l'injonction et le mandamus. Ils impliquent une contrainte directe pour enjoindre à l'autre partie l'accomplissement d'un acte particulier ou la cessation d'une opération ou d'un comportement. Selon le but recherché par le demandeur, il existe aussi des recours de nature punitive où prédomine un aspect compensatoire de caractère moral ou matériel. Il s'agit de l'outrage au tribunal et du traditionnel recours en dommages-intérêts.

1. Les recours de nature mandatoire

Même si la finalité de ces deux recours est somme toute similaire, l'injonction et le mandamus diffèrent quant aux conditions de recevabilité. Ce fait s'explique par la différence de leur origine, l'injonction étant un moyen de droit privé dont l'extension au droit public est un phénomène relativement récent. Face au statut juridique de la Couronne, ces nuances perdent un peu de leur utilité puisque cette dernière bénéficie d'une immunité de principe en la matière. En 1976, la Cour fédérale jugeait «évident» le fait «qu'aucune cour ne peut accorder contre la Couronne un mandamus ou une injonction» (*Laurent* c. *La Reine*, p. 49). Il faut noter également que cette immunité contre les recours extraordinaires et l'injonction est clairement formulée dans toutes les

lois provinciales[49]. Malgré ces obstacles, les tribunaux n'en ont pas moins étendu leur champ d'application, ce qui force à s'interroger sur leur admissibilité pour contraindre les autorités à l'exécution forcée. Comme cette extension ne s'est pas manifestée de la même façon pour ces deux recours, nous les aborderons distinctement.

a) *Les difficultés relatives à l'utilisation de l'injonction*

Malgré les espoirs soulevés par l'admission de l'injonction contre certaines autorités publiques, des obstacles sérieux contribuent encore à limiter la portée et l'efficacité d'un tel recours. Ces limites découlent d'abord des cas susceptibles de donner ouverture à son émission, pour apparaître ensuite au niveau des critères de recevabilité. Ces limites prennent un relief particulier dans la perspective d'une utilisation de l'injonction pour contraindre les autorités à exécuter un jugement.

i) *Les cas d'ouverture*

La possibilité d'émettre une injonction contre une autorité publique dépend de son statut et de la légalité de son action. S'il ne semble faire aucun doute que l'on puisse utiliser l'injonction contre «l'Administration qui n'est pas la Couronne», en revanche ce moyen est prohibé contre celle qui est associée au statut juridique de la Couronne (Strayer, 1964, p. 2; Lemieux, 1983, p. 7-14). Cette immunité serait fondée sur le fait «que les juges n'émettent pas d'ordonnance qu'ils ne peuvent faire exécuter» (Pépin et Ouellette, 1979, p. 275), ce qui renvoie à la problématique générale des rapports Couronne-tribunaux (voir *supra*, p. 10). En effet, [TRADUCTION] «l'injonction est un ordre explicite adressé par le tribunal à un représentant de l'Exécutif pour qu'il se conforme à une obligation précise» (Strayer, 1964, p. 1). En vertu des principes généraux du droit public et du common law, cette idée de contraindre directement la Couronne n'est pas admise, ce qui explique d'ailleurs son immunité en matière d'exécution forcée. Malgré les invitations de certains auteurs[50], et malgré la recommandation formelle de la Commission (Canada, CRDC, 1977, p. 49), le principe général gouvernant la recevabilité de l'injonction reste l'immunité.

L'analyse de la jurisprudence ne fait que confirmer la pérennité de ces principes généraux. C'est notamment la Cour fédérale qui est la plus péremptoire. À de nombreuses reprises, elle n'a pas hésité à réaffirmer le principe de l'immunité. En 1982, en division d'appel, dans l'affaire *Grand Council of the Crees (Quebec)* c. *La Reine*, le juge Pratte rappelait ceci :

> Quant aux diverses dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale*, elles n'ont pas, à mon avis, l'effet d'éroder l'immunité traditionnelle de la Couronne en matière de recours en injonction. Si le Parlement avait eu l'intention de modifier ou d'abroger un principe aussi bien établi, il l'aurait dit en des termes beaucoup plus clairs. (p. 600)

---

49. Pour le Québec : art. 94.2 du *Code de procédure civile*; pour l'Ontario : par. 18(1) du *Proceedings Against the Crown Act*.

50. «C'est s'incliner devant une question de protocole que de refuser l'injonction pour le seul motif qu'elle vise le gouvernement, la couronne» (Pépin et Ouellette, 1982, p. 362).

Dans une affaire récente, le même juge a repris une position identique[51].

Malgré ce contexte peu favorable aux revendications des administrés, d'autres juges n'en ont pas moins admis la recevabilité de l'injonction lorsque les autorités commettent un acte illégal ou un excès de pouvoir. L'immunité dont elles jouissent est donc devenue relative si elles enfreignent les limites de leur compétence[52]. Dans l'affaire *Société Asbestos Ltée*, le juge a même été plus loin en accordant une injonction contre la Couronne pour simple menace d'illégalité, en l'occurrence l'inconstitutionnalité d'une loi.

Si l'on prend soin de rapprocher ce courant avec les vues exprimées par la Cour fédérale, le clivage est donc fonction de la nature des activités administratives. Si ces dernières sont considérées comme étant proprement administratives, en ce sens qu'elles ne découlent pas expressément de l'accomplissement d'un mandat législatif, l'immunité reste la règle. Dans l'affaire *Grand Council of the Crees (Quebec)*, le juge Marceau évoquait «des obligations de nature administrative générale» pour lesquelles le ministre ne répond qu'à la Couronne (p. 600). Par contre, si ces activités sont liées directement à des buts ou à des fins précisés expressément par le législateur, il suffit d'alléguer un quelconque motif d'illégalité pour que l'immunité puisse éventuellement s'effacer. La distinction est donc claire, ce qui n'empêche pas que l'on puisse émettre des réserves sur sa pertinence. Dans la mesure où toutes les activités administratives procèdent à des degrés divers de fins déterminées par le législateur, peut-on véritablement évoquer des obligations administratives de nature générale? La gestion n'est pas une fin en soi. Elle reste forcément tributaire d'une fonction générale qui ne peut provenir que de la loi.

Cette brèche dans le régime immunitaire de la Couronne ouvre une perspective intéressante en matière d'exécution des jugements, bien qu'ici encore, des difficultés puissent surgir. En effet, il est possible de prétendre que le non-respect d'un jugement constitue une violation de la légalité. La jurisprudence étant l'une des composantes de la légalité, la violation d'un jugement constituerait dès lors une atteinte ou un excès de pouvoir pouvant donner ouverture à l'émission d'une injonction pour protéger les droits du requérant. Pour le moment, une telle projection reste purement hypothétique, car les cas de violation de la légalité permettant l'émission de l'injonction se limitent à la légalité législative et constitutionnelle. Par ailleurs, il n'est pas impossible qu'une légalité puisse l'emporter sur l'autre. L'immunité dont jouit la Couronne en matière d'exécution forcée est en effet de nature législative, cette légalité étant hiérarchiquement supérieure à celle découlant de l'interprétation judiciaire. Il serait même possible de renchérir en affirmant que le non-respect d'un jugement par la Couronne ne constitue pas une illégalité. Non seulement dispose-t-elle d'une immunité contre toute contrainte judiciaire, mais en plus, il est permis de croire qu'elle n'est pas réellement liée par

51. «[S]uivant une règle ancienne, les tribunaux ne peuvent prononcer d'injonction contre la Couronne. Cette règle peut sembler archaïque, mais nous avons décidé récemment qu'elle subsistait encore et qu'elle n'avait pas été abolie par la *Loi sur la Cour fédérale*. Dans ces circonstances, il me paraît opportun de suivre cette décision récente jusqu'à ce que le législateur ou la Cour suprême du Canada en décide autrement» (*C.I.A.C.* c. *La Reine*, p. 869-870).

52. [TRADUCTION] «[L]a personne qui risque de pâtir d'un acte illégal que s'apprête à commettre une société de la Couronne, peut demander l'aide du tribunal en vue d'empêcher la société en question d'accomplir l'acte qu'elle n'est pas autorisée à accomplir en tant que mandataire de la Couronne» (le juge Martland dans *Conseil des Ports Nationaux* v. *Langelier*, p. 74). Voir aussi : *Amax Potash Ltd.* c. *Gouvernement de Saskatchewan*; *Procureur général du Québec* c. *Société du parc industriel du centre du Québec*; *Lepage* v. *Association québécoise des pharmaciens propriétaires*.

l'autorité de chose jugée pour des raisons exprimées plus haut (voir *supra*, p. 35). Compte tenu de ces incertitudes sur la notion même de légalité[53], l'émission d'une injonction dans ce domaine reste donc tout à fait aléatoire en l'état actuel du droit.

Pour contourner cette difficulté, il est toujours possible de viser directement un fonctionnaire ou un chef de service. La procédure d'injonction est dès lors dirigée contre sa personne et non pas contre la Couronne. Une distinction de ce type a été favorablement accueillie au Québec puisque divers ministres n'ont pu opposer leur qualité d'agent de la Couronne pour repousser des demandes d'injonction dirigées contre leur personne nommément désignée[54]. En droit fédéral, ce moyen ne semble présenter qu'une portée limitée. En se fondant sur un arrêt de la Cour suprême (*The Minister of Finance of British Columbia* v. *The King*), la Cour fédérale a refusé d'émettre une injonction interlocutoire contre deux ministres fédéraux sous motif ...

> qu'on ne peut lancer une ordonnance obligeant de faire contre un ministre de la Couronne alors qu'il agit simplement comme fonctionnaire de la Couronne plutôt que comme un mandataire de la législature chargé d'exécuter une obligation spécifique que lui imposerait une loi au profit de quelque tiers désigné. (*Grand Council of the Crees* c. *La Reine*, p. 601)

Sous cet angle, une injonction ne devient vraisemblable que pour un éventail restreint de possibilités. Le ministre doit refuser d'accomplir une obligation prévue expressément par la loi pour le bénéfice d'un tiers qui doit être caractérisé. La notion d'illégalité revêt donc un sens bien précis, ce que la jurisprudence québécoise néglige de clarifier suffisamment en étant trop générale — allusion à «l'excès de juridiction» (*Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée*; *Association espaces verts du Mont-Rigaud*) — ou trop confuse (*M.D.J. Ltée*).

De toute façon, peu importe qu'elle reçoive une interprétation large ou restrictive, la légalité dont il est ici question découle essentiellement de la loi et non pas de la jurisprudence, ce qui nous renvoie aux obstacles évoqués plus haut pour le cas précis de l'exécution des jugements.

ii) *Les critères de recevabilité*

Au niveau des critères de recevabilité proprement dit (Apparence de droit, gravité du préjudice, balance des inconvénients), l'utilisation d'un tel recours est tout à fait contingente. Comme le souligne la doctrine, l'émission de ce recours «est largement discrétionnaire» (Pépin et Ouellette, 1982, p. 359) puisqu'elle implique une évaluation subjective de la position réciproque des parties et de leurs intérêts respectifs. Or, sur ce terrain, il est vraisemblable de croire qu'une comparaison de l'intérêt public et d'intérêts purement privés ne soit guère favorable à ces derniers. La célèbre affaire

---

53. À titre d'exemple, Garant s'interroge sur le fait qu'une violation de contrat par l'Administration puisse constituer une sorte d'illégalité : «Un bris de contrat ne pourrait-il pas être considéré comme un acte *ultra vires*?» (1985, p. 387).

54. Voir notamment : *Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée* c. *Le procureur général du Québec*; *Lepage* v. *Association québécoise des pharmaciens propriétaires*; *Peetroons* c. *Ministre de l'Agriculture du Québec*; *Morin* v. *Driscoll College Inc.*

Société de développement de la Baie James en est une excellente illustration. Même si le juge de première instance avait reconnu que la balance des inconvénients penchait en faveur des autochtones, les cinq juges de la Cour d'appel du Québec ont résolument tranché en faveur des autorités. Dans leur analyse du poids des inconvénients, il est frappant de voir comment les juges ont facilement associé l'intérêt général avec les fins poursuivies par les autorités, les deux donnant l'apparence de coïncider. Comme le signalait le juge Turgeon, «l'intérêt de la population québécoise est représenté dans cette cause par les principales sociétés appelantes» et «la preuve démontre qu'il est impérieux pour l'Hydro-Québec de réaliser son programme ...» (p. 177). Le juge peut donc se montrer très sensible à cette vague mystique de l'intérêt général pour éviter de perturber le bon fonctionnement des services publics. Encore faut-il, comme le laisse entendre implicitement l'affaire *Société Asbestos Ltée*, que l'Administration fasse la preuve qu'intérêt public et intérêt général se superposent pour faire prévaloir les intérêts de l'État. Comme les administrés sont souvent dépendants du fonctionnement normal des services administratifs, le juge ne peut qu'être très circonspect avant d'émettre une injonction pour contraindre de diverses façons l'Administration. Face à l'État, l'intérêt privé est facilement perçu comme relatif et contingent. Pour toutes ces raisons, l'utilisation de l'injonction reste encore pleine d'incertitudes pour contraindre les autorités à l'exécution forcée.

b) *Les limites du mandamus*

En comparaison de l'injonction, le mandamus donne l'impression d'être plus prometteur puisque ce recours a été conçu pour obliger une autorité publique à exécuter une obligation ou un devoir de nature légale. Pour remédier à un problème d'inexécution, Harlow suggère de recourir au mandamus (1976, p. 123), ce moyen ayant justement pour but de riposter à l'inertie de l'Administration. Comme le signale Dussault, il vise «à assurer l'exécution d'un devoir de nature publique (*public duty*)» (1974, p. 1044), ce qui laisse présumer, de prime abord, que l'on puisse l'utiliser contre une autorité qui méconnaîtrait le contenu d'un jugement.

Cette efficacité potentielle n'est toutefois pas à l'abri de nouvelles difficultés. La Couronne jouit en effet d'une immunité de principe contre l'utilisation de ce recours. Cette règle a été rappelée avec force dans l'affaire *Rossi* où le juge Walsh a conclu péremptoirement que la Couronne n'est pas soumise à un tel bref. Sans pouvoir avancer de certitudes et sous réserve de ce qui a été dit précédemment en matière d'injonction, cette difficulté pourrait éventuellement être contournée en prenant soin de viser directement le fonctionnaire ou l'agent qui refuserait d'observer une obligation prévue par un texte. Quant au recours direct contre la Couronne, il est d'autant plus aléatoire qu'aucune mesure d'exécution forcée n'est admissible pour lui donner un effet tangible. Même si la doctrine laisse entendre que la méconnaissance du mandamus est susceptible d'être sanctionnée par la procédure de l'outrage au tribunal (Pépin et Ouellette, 1982, p. 314; Reid et David, 1978, p. 417) — au Québec, cette sanction est prévue à l'article 836 du *Code de procédure civile* — on ne peut que s'interroger sur l'absurdité d'une situation où la partie privée serait dans l'obligation de former ce troisième moyen, lequel ne lui donnerait toujours pas l'exécution matérielle du jugement.

L'autre difficulté, plus sérieuse, est liée aux limites internes du mandamus. Tous les auteurs signalent que «pour que le bref soit recevable, il faut que l'intimé soit forcé

selon les termes de la loi d'agir dans un sens déterminé[55]». Il faut que l'obligation soit directement prescrite par la loi[56], ou encore, par un règlement, comme ce fut le cas dans l'affaire *Vic Restaurant* v. *Cité de Montréal*. Dès lors, le mandamus ne serait recevable que dans les cas où par la méconnaissance d'un jugement, l'Administration violerait le contenu d'une obligation prévue par un texte législatif ou réglementaire. Outre les obligations de forme et de procédure (enquête, consultation, etc.) prévues par la loi, il s'agirait des cas où l'autorité refuserait de tirer les conséquences logiques de l'annulation d'un acte, laquelle oblige à recommencer le processus décisionnel, ou encore, d'émettre une décision individuelle dans le cas d'une compétence liée. Il existe toutefois bien des exemples où les textes officiels n'assujettissent l'Administration à aucune obligation précise. Le mandamus ne serait plus recevable pour pallier à l'inexécution d'un jugement dans des domaines où l'Administration jouit d'un large pouvoir d'appréciation. Il s'agit notamment des litiges relatifs à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, à la cessation d'une nuisance, à la réparation d'un préjudice, à l'exécution d'un contrat, à l'exercice de pouvoirs de police administrative, pour ne nommer que ceux-ci. Par exemple, dans un arrêt de la Cour fédérale, *National Indian Brotherhood* c. *Juneau*, l'émission du mandamus a été refusée pour contraindre le C.R.T.C. à tenir une audition publique, cette décision étant purement discrétionnaire (voir également *Moreau* c. *Cité de Sherbrooke*). Si l'autorité administrative ne peut être contrainte dans un sens déterminé pour exercer un pouvoir de nature discrétionnaire, elle est néanmoins susceptible de faire l'objet d'un mandamus si elle utilise son pouvoir discrétionnaire à des fins arbitraires ou contraires à la loi (*Padfield* v. *Minister of Agriculture*; *Air Canada* c. *Le Procureur général de la Colombie-Britannique*).

Rien n'empêche toutefois de s'interroger sur l'éventualité d'une interprétation extensive de ce qu'il faut entendre par «obligation légale». Si un jugement est prononcé en faveur d'une personne privée, ne reconnaît-il pas du même coup une obligation légale à la charge de l'Administration, cette obligation étant de nature jurisprudentielle? On peut prétendre en ce sens, qu'en reconnaissant l'existence de certains impératifs légaux, le jugement consacre l'existence d'un droit acquis, l'Administration ayant l'obligation de se conformer aux exigences de la légalité[57]. Cette notion de droits acquis n'a toutefois qu'une élasticité limitée, les tribunaux ayant toujours été fidèles à cette idée de droits reconnus par la loi[58]. Le droit acquis ne peut donc découler que d'une disposition expresse et non pas d'une interprétation du droit au sens large. Le mandamus apparaît en ce sens comme un moyen pour contraindre les autorités au respect d'une légalité de source textuelle et non pas de source jurisprudentielle (*Rossi* c. *La Reine*).

---

55. Lemieux, 1983, p. 5-02; de Smith, 1980, p. 54. Ce dernier reconnaît un champ plus étendu quant à la recevabilité du mandamus («charter, common law, custom or even contract») sans réussir cependant à être très convaincant sur cette question. Dans le même sens, voir aussi Whitmore et Aronson, 1978, p. 376.

56. Voir en ce sens : *Weatherby* c. *Ministre des Travaux publics*; *Harcourt* c. *Ministre des Transports*; *Bay* c. *La Reine*.

57. Au Québec, certains juges admettent la recevabilité du mandamus dans le but de faire respecter des droits acquis. C'est notamment le cas en matière municipale sous prétexte de «l'injustice flagrante» qui résulterait du non-respect de droits acquis antérieurement à l'adoption d'un règlement de zonage : *Hanschild* c. *Corporation de la ville de Delson*.

58. Voir *Blais* c. *L'Association des architectes de la province de Québec*; *Tsiafakis* c. *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*; *Bouchard* v. *Les commissaires d'écoles pour la municipalité de Saint-Mathieu-de-Dixville*.

En définitive, le mandamus n'apparaît pas comme une panacée pour remédier à la non-exécution d'un jugement. Même s'il présente plus d'intérêt que le jugement déclaratoire ou l'injonction pour résoudre des problèmes de cette nature, il n'en reste pas moins soumis à des limites internes et externes.

2. Les moyens de nature punitive

À côté des moyens de contrainte directe, il en existe également d'autres de nature punitive. La perspective d'une condamnation pour outrage au tribunal, ou encore en dommages-intérêts, laisse planer l'alternative d'un véritable châtiment à celui qui, d'aventure, oserait passer outre au contenu d'un jugement. Si le plaignant n'est pas intéressé par l'exécution matérielle du jugement, il peut recourir de façon alternative à ces punitions, morale (l'outrage au tribunal) ou pécuniaire (dommages-intérêts).

a) *L'outrage au tribunal*

Pour sanctionner des comportements ou des omissions qui sont de nature à porter atteinte à l'autorité d'un tribunal, la tradition anglo-saxonne offre au juge la possibilité de prononcer une condamnation pour outrage au tribunal. Considérée comme inhérente aux pouvoirs du tribunal (Jacob, 1970, p. 26), une telle sanction présente des implications très différentes selon la nature civile ou criminelle de l'outrage[59]. La non-exécution d'un jugement appartient à la première catégorie puisque l'outrage civil (*civil contempt*) a pour objet [TRADUCTION] «l'exécution des jugements ou ordonnances du tribunal» (Borrie et Lowe, 1973, p. 314). En principe [TRADUCTION] «constitue un outrage au tribunal, le fait de désobéir à un jugement ou à une ordonnance, peu importe que celui-ci ordonne d'accomplir un acte donné dans un temps donné ou de s'abstenir d'accomplir un acte donné» (*Ibid.*). Il s'agit d'un moyen répressif pour mettre fin à certaines formes de désobéissance commises *ex facie* (à l'extérieur du tribunal) (Canada, CRDC, 1977a). À toutes fins pratiques, l'outrage civil ne vise que la méconnaissance de sentences mandatoires comme l'injonction et le mandamus, et son application en cas de non-paiement d'un jugement est considérée comme hypothétique[60].

Dans l'hypothèse où une autorité publique passerait outre à un jugement, serait-il possible de censurer une telle attitude par la procédure d'outrage au tribunal? Il s'agit d'une question complexe à laquelle doctrine et jurisprudence n'apportent que peu d'éléments pour tenter de dégager une solution. Et comment pourrait-il en être autrement, puisque dans le cas de la Couronne, plusieurs indices laissent présumer qu'une interrogation de ce type est à la limite, complètement saugrenue. En effet, pour des raisons qui relèvent de l'étendue des pouvoirs dont disposent les tribunaux, de la nature de l'immunité dont jouit la Couronne, et de la nature même de la sanction attachée au délit d'outrage, le droit actuel rend peu vraisemblable la condamnation de la Couronne pour outrage au tribunal.

---

59. Sur cette distinction, voir : Harnon, 1962; Ziegel, 1959, p. 262; «Contempt of Court» dans *Halsbury*, 1983, Vol. 9.

60. [TRADUCTION] «D'une manière générale, nul ne peut faire l'objet de procédures d'outrage au tribunal ou être soumis à l'emprisonnement pour défaut de payer une somme d'argent» (Watkins, 1967, p. 136).

Dans une perspective historique, il faut d'abord noter que ce pouvoir reste indissociable de la prééminence spéciale de la Couronne. Comme le signale Watkins, [TRADUCTION] «les tribunaux, en tant que mandataires du Roi, fondaient en de tels cas leur pouvoir relatif à l'outrage au tribunal sur une présomption d'outrage à l'autorité royale» (1967, p. 126; Beale, 1908, p. 164). Autrement dit, désobéir à un tribunal, c'était désobéir au Roi, et dès lors, c'était Sa Majesté qui en recevait l'outrage. Par le jeu de la délégation de la justice royale, les tribunaux se trouvaient donc investis du [TRADUCTION] «droit de punir la désobéissance, l'entrave ou l'irrespect» (Watkins, 1967, p. 126) pour assurer un minimum de déférence. Avec l'émancipation du pouvoir judiciaire au dix-huitième siècle, la signification de cette procédure a changé, dans la mesure où les tribunaux y ont recours pour asseoir leur propre autorité. Par le jeu d'une filiation intemporelle, leur existence n'en dérive pas moins de la Couronne. Les tribunaux sont encore «the King's Courts» et Sa Majesté est toujours une fontaine de justice. Condamner pour outrage une institution dont procède la notion de justice apparaît peu conforme à l'esprit du droit public anglais.

La seconde difficulté provient de la nature de l'immunité dont jouit la Couronne à l'égard de l'injonction et du mandamus. Puisqu'elle est en principe à l'abri de recours de ce type, l'éventualité d'une condamnation pour outrage ne peut donc surgir pour en sanctionner l'inobservation[61]. C'est probablement cette impossibilité qui explique l'absence de tout commentaire doctrinal sur le sujet. Mais dans la mesure où l'injonction est désormais admise, sous certaines conditions, contre la Couronne, il n'est donc pas invraisemblable d'envisager à son endroit une accusation d'outrage au tribunal. Une accusation contre un mandataire de la Couronne a déjà été portée à l'attention de la Cour suprême[62]. La même année, dans l'affaire *Société Asbestos Ltée*, la Cour d'appel du Québec avait pourtant répondu par la négative. Le juge Lajoie a estimé que «l'impossibilité de sanctionner par punition d'outrage au tribunal la violation que pourrait commettre le Procureur général d'une ordonnance d'injonction ne me convainc pas que l'injonction ne puisse être accordée» (p. 350). Tout laisse présumer que l'immunité joue effectivement en faveur de la Couronne. Dans la mesure où l'outrage au tribunal est un moyen de pression qui vise à obtenir de la partie récalcitrante qu'elle se conforme à un jugement mandatoire, il se présente donc comme un moyen indirect, si ce n'est pas direct, en vue de contraindre à l'exécution forcée. Sur ce plan, l'immunité de la Couronne n'offre aucune faille. Non seulement [TRADUCTION] «la Couronne jouit de l'immunité à l'égard de tous les modes habituels d'exécution des jugements» (*Halsbury*, 1983, Vol. 11, p. 765), mais elle serait aussi à l'abri de tous procédés en vue de la contraindre dans l'exercice de sa volonté.

---

61. Au Québec par exemple, la Couronne est exempte par le jeu de l'article 94.2 du *Code de procédure civile* de l'application de l'article 836 du même code qui prévoit l'outrage au tribunal en cas de violation d'un jugement favorable à un recours extraordinaire. De même, elle échappe à l'article 761 qui rend coupable d'outrage au tribunal toute personne qui contrevient à une injonction.

62. *Société Radio-Canada* c. *Commission de police du Québec*. Le litige laissait présumer que la Cour suprême se prononcerait sur les pouvoirs de la Commission de police du Québec en vue de condamner pour outrage un mandataire de la Couronne, en l'occurrence la Société Radio-Canada. Il s'agissait d'un cas classique d'outrage, la Société ayant diffusé la photographie d'un témoin malgré l'interdiction formelle de la Commission. Dans sa requête en évocation, la Société a invoqué son immunité contre les accusations d'outrage au tribunal. En s'appuyant sur l'arrêt *Conseil des Ports Nationaux* v. *Langelier*, la Cour d'appel du Québec avait rejeté cet argument. La Cour suprême ne s'est pas prononcée sur cette question en se limitant à renverser la décision de la Cour d'appel sous prétexte que la Commission n'avait pas le pouvoir de condamner pour outrage au tribunal.

Ce dernier argument laisse entrevoir une troisième objection, qui est décisive. En effet, la nature même de la sanction qui vient réprimer le délit d'outrage ne peut s'appliquer à la Couronne. Celle-ci ne peut être condamnée au séquestre de ses biens et encore moins à l'emprisonnement. Le séquestre est une mesure d'exécution forcée dont l'application est exclue contre la Couronne[63]. Quant à l'emprisonnement, Sa Majesté ne peut être soumise à aucune accusation de nature pénale conduisant à l'arrestation et à l'incarcération. Dans cette veine, il est même possible de prétendre que l'accusation d'outrage est exclue d'office contre la Couronne. En effet, plusieurs auteurs ont souligné le caractère un peu artificiel de la distinction entre outrage civil et criminel (Watkins, 1967, p. 138; Canada, CRDC, 1977a, p. 27; Barrie et Lowe, 1973, p. 370). L'outrage civil ne serait à la limite qu'une fiction, car la nature même de la procédure d'outrage fait passer rapidement du civil au pénal (Berger et Brown, 1965-66). Or, en principe, la Couronne ne peut être soumise à une accusation de nature pénale[64].

Il faut toutefois reconnaître que cette immunité contre des poursuites pénales n'a plus une portée absolue. Récemment, la Cour suprême a refusé à la Société Radio-Canada la possibilité de se prévaloir de sa qualité de mandataire de Sa Majesté pour échapper à une accusation fondée sur le *Code criminel* (*Société Radio-Canada* c. *La Reine*). En appliquant les principes dégagés dans l'arrêt *Conseil des Ports Nationaux* v. *Langelier*, la Cour a décidé que pour bénéficier de la traditionnelle immunité de non-application des lois, la Société devait exercer ses pouvoirs d'une façon compatible avec les objectifs de la loi, ce qui n'était pas le cas lorsqu'elle permettait la projection d'un film en contravention des exigences de la *Loi sur la radiodiffusion* et ses règlements d'application. En revanche, comme le montre l'affaire *R.* c. *Eldorado Nucléaire Ltée et Uranium Canada Ltée*, le respect des fins prévues par la loi a permis à d'autres mandataires de la Couronne d'échapper à des accusations de nature pénale. Si la loi est rédigée en termes généraux dans sa dimension téléologique, il devient dès lors plus difficile d'invoquer son non-respect. L'affaire *Société Radio-Canada* montre que seuls les cas de violation manifeste et grossière peuvent être retenus.

S'il est désormais acquis que la Couronne et ses mandataires peuvent faire l'objet d'accusations pénales sous certaines conditions restrictives, rien ne permet toutefois d'y inclure l'éventualité d'une poursuite pour outrage au tribunal. Il s'agit d'une procédure spéciale conférant au juge un pouvoir exorbitant qui dérive de Sa Majesté elle-même. C'est le maintien de cette filiation, de même que le principe d'indivisibilité de la Couronne, qui ne permet guère de concevoir que Sa Majesté puisse s'outrager elle-même. Avec l'outrage au tribunal, nous sommes directement confrontés aux fondements mêmes de la *jurisdictio* des tribunaux.

En l'état actuel du droit, la possibilité d'une accusation d'outrage au tribunal dirigée contre un service ou un organisme qui bénéficie du statut spécial de la Couronne reste donc très hypothétique, si ce n'est même exclue d'office. Cet obstacle pourrait éventuellement être contourné en introduisant certaines distinctions au sein de la

63. Voir notamment l'article 94.2 du *Code de procédure civile* du Québec; le paragraphe 17(2) du *Proceedings Against the Crown Act* de la Saskatchewan; l'article 18 du *Proceedings Against the Crown Act* de l'Ontario.

64. [TRADUCTION] «D'après un courant jurisprudentiel majoritaire, il est extrêmement difficile, dans le cas des lois pénales, d'écarter la présomption selon laquelle la Couronne n'est pas liée par la loi» (Canada, CRDC, 1984, p. 15). Voir également McNairn, 1977, p. 87.

personnalité juridique de la Couronne. Cette solution nous achemine toutefois vers de nouvelles difficultés et de curieux paradoxes comme le montre fort bien l'affaire *Eldorado*[65].

Par contre, rien ne semble s'opposer à ce que «l'Administration qui n'est pas la Couronne» puisse faire l'objet d'une accusation pour outrage au tribunal. Il serait possible aussi d'envisager la condamnation de certains agents et fonctionnaires lorsqu'ils sont poursuivis à titre personnel. S'ils agissent dans l'exercice de leur fonction, ils peuvent néanmoins revendiquer, si la chose est possible, l'immunité de la Couronne ou encore une immunité spéciale prévue par la loi.

b) *Les dommages-intérêts*

Plutôt que de soumettre l'Administration à la vindicte du juge, les administrés peuvent rechercher l'obtention de dommages-intérêts, ce qui représente une forme plus substantielle de revanche. La non-exécution d'un jugement peut causer des dommages et il n'est pas invraisemblable de considérer la mauvaise volonté de l'Administration, ou encore, sa négligence, comme une faute donnant ouverture à réparation. La responsabilité délictuelle d'une autorité administrative pourrait exister, lorsque par une action positive, elle irait directement à l'encontre d'un jugement pour en ruiner le contenu. Ce serait par exemple la poursuite de travaux déclarés illégaux dans un jugement devenu définitif. Par contre, lorsque l'inexécution résulte simplement d'une omission, ce qui est l'hypothèse la plus fréquente, la responsabilité de l'Administration est plus problématique. Dans le cadre de l'exécution, le phénomène de l'omission se traduit par le retard, par l'exécution incomplète, ou par l'inertie pure et simple[66]. L'inaction administrative représente un phénomène complexe qui dépasse très largement le domaine de l'exécution des jugements[67]. Il faut principalement retenir que la reconnaissance des droits des administrés pour forcer les autorités à agir reste aléatoire, la jurisprudence étant encore à l'état embryonnaire dans ce domaine (Brown et Lemieux, 1979). C'est notamment pour l'obtention de dommages-intérêts que les difficultés sont les plus nombreuses, tant en common law qu'en droit civil.

En common law, le régime des *torts* est peu favorable à reconnaître le caractère fautif d'une omission. Street observe que [TRADUCTION] «[le] droit anglais est réticent à reconnaître une personne responsable pour une omission» (1968, p. 108). En l'absence d'un *duty to act*, l'inaction ne constitue pas matière à responsabilité délictuelle[68]. En droit administratif, cette exigence s'est reportée au niveau de la loi, le devoir d'agir devant être prévu par une disposition expresse — *statutory duty* (Wade, 1982, p. 665; Hogg, 1971, p. 99). Si l'autorité administrative n'est pas tenue à une obligation de faire ou de ne pas faire, elle reste libre d'agir à sa guise. En ce sens, les auteurs font une distinction entre *duty* et *power*, le non-exercice d'une compétence ou

65. Sur ces difficultés, voir Canada, CRDC, 1985, p. 15.

66. Sur la résistance passive, voir *supra*, p. 25.

67. Il suffit d'évoquer la non-approbation d'un contrat, la non-application de la réglementation officielle, le non-fonctionnement d'un service, la non-délivrance d'une prestation, le non-paiement d'une dette (Montané de la Roque, 1950).

68. [TRADUCTION] «À moins que la loi n'impose un devoir quelconque, aucune responsabilité ne découle, en règle générale, de la simple omission d'agir» (Salmond, 1965, p. 291).

d'un pouvoir n'étant pas matière à responsabilité, du moins en principe (Wade, 1982, p. 662; *contra*, *Ville de Kamloops* c. *Nielsen*). Le seul moyen de renverser cette présomption d'irresponsabilité serait d'invoquer la négligence dans l'exercice d'un pouvoir, par exemple à cause d'un retard indu. Dans l'affaire *East Suffolk Rivers Catchment Board*, l'Administration (*the Board*) avait mis 178 jours à réparer une digue, alors que normalement, quatorze auraient suffi; d'où les effets dévastateurs d'une inondation survenue entre-temps. Les juges n'ont pas accepté que la lenteur administrative puisse constituer un fait fautif. Du moins, telle était la position traditionnelle de la jurisprudence.

Il existe en effet un nouveau courant favorable à une interprétation plus extensive de l'idée de négligence. Dans l'arrêt *Dutton*, Lord Denning a contesté la traditionnelle dichotomie pouvoir-devoir en suggérant qu'un moyen terme, le pouvoir de contrôle, puisse donner ouverture à responsabilité en cas de négligence (p. 391). Cette importante décision a été confirmée par la Chambre des Lords à propos d'une affaire similaire (*Anns* v. *Merton London Borough Council*). Il faut toutefois noter que la négligence résulte ici d'un acte positif, en l'occurrence une inspection, et non pas d'une omission. C'est davantage dans le domaine du pouvoir discrétionnaire que l'omission peut être associée à la négligence. Dans l'importante décision *Dorset Yacht Co. Ltd.*, le Home Office (la Couronne) a été tenu responsable pour ne pas avoir apporté un soin suffisant aux mesures de détention de jeunes délinquants[69].

Si l'on tente maintenant d'apprécier l'impact de ces nouvelles solutions pour remédier à l'inexécution d'un jugement, il faut bien constater leur portée limitée. La jurisprudence est restée attachée à cette notion de devoir, peu importe qu'il soit expressément prévu par la loi, ou qu'il en découle implicitement pour remédier à une situation spéciale. Cette exigence ne permet pas de résoudre les cas où il y a eu simplement carence de l'autorité administrative. Dans bien des hypothèses, cette dernière n'est pas tenue d'agir par un devoir précis et impérieux, ses obligations relevant souvent de la simple faculté. Dans cette perspective, les obligations nouvelles qui incombent à l'Administration, suite à un jugement prononcé contre elle, se résument généralement à un simple devoir moral, l'exécution n'étant qu'une pure question de convenance. Si elle reste inactive, sa carence ne peut être associée à un devoir aussi impérieux que celui de l'arrêt *Dorset Yacht*.

Inspiré par le common law, le droit administratif anglo-saxon est donc très restrictif pour admettre la responsabilité qui pourrait naître d'une omission. Pour modifier cette situation, il faudrait qu'il évalue avec une plus grande liberté le préjudice en fonction de cas d'espèce. Cette liberté d'appréciation, le droit civil semble l'offrir puisqu'il admet d'emblée que la faute puisse résulter d'une omission pure et simple ou d'une abstention (Baudouin, 1973, p. 49). Même si des auteurs comme Mignault,

69. Dans leur évasion, les détenus s'étaient emparés du bateau du demandeur et l'avaient endommagé. Même si l'organisation des mesures carcérales relevait d'une appréciation discrétionnaire, les juges n'en ont pas moins estimé que cette dernière avait été exercée [TRADUCTION] «de manière tellement négligente et à ce point déraisonnable» (p. 1031), qu'en définitive, il en résultait un excès de pouvoir. Par une négligence déraisonnable dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les autorités ont ni plus ni moins violé les intentions du législateur en créant une situation similaire à celle qui résulterait du non-exercice complet de leur discrétion. Compte tenu des dangers potentiels soulevés par la garde de ces *dangerous boys*, il existait en réalité [TRADUCTION] «un devoir de prendre des précautions raisonnables afin d'assurer la sécurité du public» (Wade, 1982, p. 657). L'arrêt *Dorset Yacht* reste donc fidèle pour l'essentiel à cette exigence d'un «devoir», le *duty to care* se substituant ainsi au *statutory duty*. Ce progrès n'est finalement que l'extension du *duty of care* aux autorités publiques.

probablement influencés en cela par le droit anglais, ont déjà soutenu que l'omission n'est une faute qu'à condition de l'existence préalable d'un devoir légal d'agir (1901, p. 333), la doctrine contemporaine préfère souligner que tout est circonstance de faits (Baudouin, 1973, p. 50; Mazeaud et Tunc, 1965, p. 633; Le Tourneau, 1982, p. 658). Tout dépend de la situation où est placé l'individu au moment du fait que l'on prétend fautif. L'évaluation de sa conduite serait fonction des critères traditionnels de l'homme normalement prudent et diligent, du bon père de famille, d'une «personne normale» (Mazeaud et Tunc, 1965, p. 634). Si un préjudice survient suite à l'inexécution d'un jugement, le juge serait donc libre d'apprécier si l'Administration a été diligente en prenant les mesures requises par les circonstances. Son devoir d'agir serait donc conditionné par des éléments objectifs de fait et de droit, mais aussi par des critères plus subjectifs liés à ses capacités de prévoyance, d'attention, à sa bonne foi, ce qui renvoie à l'idée de bonne administration. À la théorie du bon père de famille, se substitue ni plus ni moins l'idée du bon administrateur soucieux de prendre les mesures nécessaires pour éviter tout préjudice inutile.

De façon potentielle, le droit civil offre une possibilité de réparation pécuniaire pour tous les types de dommages. Son application à l'égard de la Couronne n'est pas sans présenter des avantages puisque celle-ci ne bénéficie d'aucun statut particulier en matière de responsabilité, les dispositions du *Code civil* lui étant applicables comme à tous les individus. En droit anglo-canadien, les administrés ne peuvent guère espérer d'autres formes de compensation que celles prévues par le common law ou la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, cette dernière renvoyant largement au régime du droit commun. Par ailleurs, il leur est difficilement possible d'invoquer l'équité, dans la mesure où l'*equitable relief* fait toujours appel à une forme d'exécution en nature (*specific performance*) dans des hypothèses où la compensation pécuniaire n'est pas jugée intéressante[70]. Même si l'équité peut être invoquée en défense contre la Couronne[71], elle ne peut servir en poursuite à l'obtention de dommages, et encore moins, dans le cas de la Couronne, à l'exécution forcée. Son application est d'autant plus restreinte qu'elle ne peut constituer un recours parallèle là où des règles précises existent déjà (*Equity follows the law*)[72].

Conclusion du chapitre un

Ce premier examen des difficultés, réelles ou potentielles, soulevées par l'exécution des jugements prononcés contre l'État, permet d'attirer l'attention sur de nombreuses lacunes. Par le jeu complexe de sa filiation avec la Couronne, une importante partie de l'Administration fédérale est en mesure de revendiquer un statut particulier en termes de contrôle judiciaire. Non seulement ce statut lui permet-elle de réclamer avec succès un traitement différentiel lors de l'instance contentieuse, mais même après le jugement, elle bénéficie encore de privilèges tels, qu'ils lui laissent en définitive une grande

70. *Equity* dans *Halsbury*, Vol. 16, p. 869.

71. En matière de contrats, voir *Attorney-General for Trinidad and Tobago* v. *Bourne*; en matière immobilière, voir *Attorney-General to the Prince of Wales* v. *Collom*.

72. [TRADUCTION] «Elle est susceptible d'application seulement lorsqu'il existe entre les parties un lien juridique justifiant le recours aux règles de l'*equity*». Voir *Maine and N.B. Elec. Power Co.* v. *Hart*.

discrétion dans le domaine de l'exécution. Dans un système où l'on magnifie si volontiers les vertus du contrôle judiciaire, il est frappant de constater qu'en droit administratif, l'exécution du jugement ne soit plus qu'une question de convenance, de bon vouloir, de respect réciproque. Même si les instances gouvernementales et administratives semblent faire preuve de déférence à l'égard de l'autorité des tribunaux, le droit actuel n'en est pas moins marqué par l'absence de toute garantie réelle en faveur des administrés. Pour résumer, ils doivent faire face aux deux difficultés suivantes :

— Ils ne disposent pas d'un droit clair et précis quant au respect de l'autorité de chose jugée par la Couronne.

— En cas d'inertie ou de mauvaise volonté de la part des autorités, ils ne disposent que de faibles moyens pour obtenir l'exécution forcée du jugement rendu en leur faveur.

Ces lacunes conduisent en réalité à un autre procès, celui des tractations et des négociations qui s'engageront inévitablement après le jugement. Comme les administrés ne disposent pas de moyens tangibles pour revendiquer l'exécution forcée et intégrale, les autorités peuvent facilement recourir à divers atermoiements pour les obliger à composer. Le plus grave danger est en effet la perspective d'une exécution à rabais, les administrés pouvant être rapidement conduits à plusieurs concessions pour éviter un nouveau litige ou de nouveaux délais.

Dans le but d'assujettir les relations État-Individus à des règles juridiques, et non pas à ce qui n'est que bienséance ou usage, cette situation doit être modifiée. Dans la perspective d'une clarification et d'une modernisation du statut juridique de l'Administration fédérale, l'immunité d'exécution doit être réévaluée en profondeur, non seulement pour la supprimer là où elle n'est pas pertinente, mais également pour reconnaître des garanties tangibles en faveur des administrés là où son existence pourrait être éventuellement justifiée. Désormais, il s'agit d'inventorier diverses solutions susceptibles de concrétiser ce changement.

CHAPITRE DEUX
La réévaluation de l'immunité d'exécution

Le constat des insuffisances du droit actuel ne constitue qu'une première étape. Il faut maintenant tenter de réévaluer la pertinence de l'immunité d'exécution à la lumière des transformations du droit contemporain. Si l'évidence d'un changement s'impose, en contrepartie, rien de précis ne nous renseigne sur sa nature. Les principales difficultés proviennent des exigences spéciales du droit public et de la nature originale de l'État. Jusqu'à ce jour, ces particularités ont été admises implicitement par une large majorité de juristes, à qui il peut paraître invraisemblable d'admettre le principe de l'exécution forcée contre la Couronne et ses mandataires. L'admettre, n'est-ce pas justement méconnaître la nature particulière de l'État, ce qui nous situe d'emblée dans la même problématique que celle du texte d'orientation générale (Canada, CRDC, 1985)?

Pour rendre plus vraisemblable l'idée d'un changement, il est essentiel de passer en revue les suggestions de la doctrine de même que certaines expériences étrangères. Il existe de façon un peu diffuse un courant favorable à une remise en question de la position privilégiée de l'Administration en matière d'exécution (Section I : *L'existence d'un courant favorable au changement*). Ce courant laisse entrevoir que dans plusieurs pays occidentaux, les difficultés théoriques et conceptuelles sont souvent les mêmes pour admettre l'exécution forcée contre les autorités publiques. Il est également de nature à favoriser l'apparition d'une problématique soucieuse de la relativité des choses car tout est fonction de cet équilibre délicat entre les droits légitimes des administrés et les impératifs de bon fonctionnement de l'Administration (Section II : *Le respect des réalités contemporaines*).

Section I : L'existence d'un courant favorable au changement

Dans plusieurs pays occidentaux, le regain d'intérêt pour les droits et garanties dont disposent les administrés a favorisé le développement d'une approche beaucoup plus critique des privilèges détenus par l'État. Il en est résulté un vaste mouvement de réforme qui, dans de nombreux cas, s'est traduit par des réalisations concrètes. Sur le plan des droits judiciaires, ce mouvement a manifestement débordé la problématique des relations État-individus pour revaloriser à un niveau plus général la position de ces derniers devant les tribunaux (petites créances, recours collectif, aide juridique). Toutefois, au Canada comme dans d'autres pays anglo-saxons, ce courant réformateur n'a pas encore permis une modification des privilèges et immunités détenus par la Couronne en matière d'instance judiciaire. Les solutions étrangères prennent donc valeur de précédent pour envisager diverses modalités de changement.

I. *Les solutions étrangères*

Si les réformes concernant la communication des documents administratifs, la protection de la confidentialité et la motivation des actes administratifs sont nombreuses un peu partout en Occident, celles concernant l'immunité d'exécution le sont beaucoup moins. Jusqu'à ce jour, l'information dont nous disposons montre que seules la Californie et la France ont manifesté une volonté de réforme dans ce domaine[73]. Dans les pays de tradition britannique, il aurait été surprenant que ce problème soit traité isolément car il se rattache au phénomène plus général des privilèges et immunités de la Couronne, lequel ne fait que depuis peu l'objet de remises en question. Toutefois, ni la Californie, ni la France, n'ont attendu une réévaluation globale de la *sovereign immunity* ou de la théorie de la «puissance publique» pour procéder à des changements, ou pour en envisager.

A. La situation en droit américain

Le droit public américain repose sur le principe de l'immunité de l'État (*Sovereign Immunity*). Reconnu dans les années qui ont suivi l'indépendance, ce principe a été interprété très favorablement par les tribunaux et le législateur. Il conserve encore de nos jours une portée plus ou moins absolue même si des réformes législatives sont venues en adoucir la rigueur. C'est cette pérennité qui explique la virulence de certaines critiques doctrinales. En particulier, elles dénoncent le caractère anachronique de ce privilège face à la croissance des activités commerciales de l'État. Ces critiques sont d'ailleurs inévitables dans un contexte où l'attachement à certaines valeurs du libéralisme économique ne peut qu'entrer en conflit avec une conception absolutiste de l'État.

1. La pérennité du principe d'immunité de l'État (*Sovereign Immunity*)

La volonté de rupture affichée par les révolutionnaires américains face à la monarchie britannique n'a pas été aussi radicale qu'on ne le croit généralement. En effet, le principe un peu nébuleux de la souveraineté royale s'est transposé tout naturellement sur l'État avec les mêmes conséquences que dans la mère-patrie. Ce transfert s'est matérialisé par la consécration de l'immunité judiciaire de l'État (*Doctrine of Non-suability of the State*), le droit américain reprenant ainsi les données du common law (*The King cannot be sued without his consent*) pour leur conférer un caractère absolu, toute poursuite étant exclue d'emblée (Carrow, 1960; Street, 1953; Schwartz, 1976, p. 563).

---

73. Il faut toutefois rendre justice à deux états australiens, le Queensland et la Nouvelle-Galles du Sud qui ont respectivement admis, en 1866 et 1912, que les moyens d'exécution forcée sont recevables contre les biens de la Couronne lorsque les coffres du Trésorier-payeur général sont vides, notamment pour satisfaire à un jugement ou lorsqu'aucune somme n'a été votée par le Parlement à cette fin. Pour les autres États et pour les autorités fédérales, l'immunité reste la règle. Voir Campbell, 1969, p. 144; Renfree, 1984, p. 570.

Deux causes expliquent cette évolution un peu surprenante[74]. La première est purement juridique. Même si l'institution royale avait été supprimée, les tribunaux n'en ont pas moins conclu que la pétition de droit, procédure traditionnellement requise pour réclamer des dommages à Sa Majesté, impliquait l'idée d'un consentement ou d'une autorisation de la part des autorités[75]. Comme le successeur des autorités britanniques ne pouvait être que le législateur (les diverses assemblées élues, tant à l'échelon local que fédéral) à titre de seul organe compétent pour modifier les privilèges traditionnels reconnus par le common law à la Couronne, son silence a tout simplement été interprété comme une absence de consentement pour reconnaître la responsabilité délictuelle de l'État (Jaffe, 1963, p. 2). Ce consentement, les autorités de l'époque se sont bien gardées de le donner pour des raisons d'opportunité. En effet, la seconde cause qui explique le maintien de l'ancienne immunité, devenue désormais *The State can do no wrong*, est purement politique[76]. Dans une optique de souveraineté nationale, les intérêts privés ne pouvaient revendiquer une quelconque forme de prééminence sur ceux de l'État[77].

Pour éviter que la Cour suprême n'en vînt à interpréter trop libéralement les droits judiciaires des individus face à l'État, le Congrès devait rapidement céder aux pressions politiques en votant en 1798 le XI[e] Amendement. Ce dernier enlevait au juge le pouvoir d'apprécier la recevabilité de poursuites de common law ou d'*equity* contre l'un des États-Unis (Guthrie, 1908; Tribe, 1978, p. 129). Ainsi devait se cristalliser le principe de l'immunité étatique, lequel devenait «un principe naturel» du droit public[78]. Dans la jurisprudence du siècle dernier, le juge référait volontiers à la nécessité (voir le juge Gray dans *Briggs* v. *Life Boats*), à la sagesse, à l'inconvenance (Pound, 1944), ou encore, à l'intérêt général[79]. À la fin du dix-neuvième siècle, ce sentiment de nécessité a rapidement évolué vers le positivisme. Ainsi, en 1907, le juge Holmes déclarait que l'État est à l'abri de toute poursuite, non pas en vertu d'une quelconque théorie désuète d'essence monarchique, mais pour des raisons logiques, personne ne pouvant détenir un droit contre l'autorité qui fait la loi (*Kawananakoa* v. *Polyblank*; *The Western Maid*).

---

74. [TRADUCTION] «Comment se fait-il que la notion d'immunité de l'État, qui, à l'origine, était rattachée à la personne du Roi, ait été appliquée aux États-Unis? C'est un des mystères de l'évolution du droit» (Street, 1949a, p. 342).

75. C'est le *concept of consent*; voir Borchard, 1924, p. 4.

76. Hamilton affirmait que [TRADUCTION] «les contrats entre la nation et les citoyens ne lient que moralement l'autorité souveraine et ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée. Ils ne confèrent aucun droit d'action qui soit indépendant de la volonté du pouvoir souverain» (1917, p. 126).

77. En réalité, un facteur beaucoup plus prosaïque a été déterminant. Lourdement endettés par la guerre d'indépendance, les États américains ne voulaient surtout pas que leurs créanciers les contraignissent à rembourser (Laferrière, 1963, p. 13).

78. Watkins, 1927, p. 194. Cet auteur observe que [TRADUCTION] «la notion d'immunité s'est imposée à l'origine comme un fait brut ne requérant aucune forme de justification pour les fins de son application» (p. 197).

79. Dans une affaire remontant à 1882, *U.S.* v. *Lee*, la Cour suprême déclarait :

> La maxime que le souverain ne peut être cité devant les tribunaux sans son consentement n'est pas limitée à une monarchie mais a la même force dans une République. Dans l'une et dans l'autre, il est essentiel, pour la défense et le bien commun, que le souverain ne puisse, sans son consentement, être dépossédé, par une procédure judiciaire, des forts, arsenaux, postes et navires militaires nécessaires pour défendre l'existence de la nation contre les insurrections et l'invasion; des bâtiments et des navires des douanes établis pour la sécurité du commerce avec les nations étrangères et dans les diverses parties du pays. Le principe est fondamental, il s'applique à tout pouvoir souverain et sans la protection qu'il assure, le Gouvernement serait incapable de remplir les devoirs pour lesquels il a été créé. [Traduction de J. Laferrière]

Plus pragmatiques, d'autres juges se sont bornés à invoquer l'intérêt public, en affirmant qu'il est préférable de voir souffrir des individus isolés plutôt que ce soit le public qui ait à supporter des inconvénients (Laferrière, 1963, p. 22) ...

Tous ces arguments ont contribué à faire de l'immunité de l'État un principe sans faille, la pétition de droit n'ayant même pas été admise en droit américain[80]. Fait significatif pour la suite des événements, l'immunité d'exécution se trouvait étroitement amalgamée à l'immunité contre toute forme de responsabilité délictuelle. En effet, ces deux immunités procèdent d'une même origine, la première n'étant que le prolongement de la seconde.

Faute de pouvoir obtenir un recours judiciaire analogue à la pétition de droit, les individus n'eurent comme seule alternative que la voie législative pour obtenir une indemnisation. Ce n'est que moyennant une loi privée passée devant le Congrès que le préjudice pouvait être réparé, sous réserve d'une appréciation purement discrétionnaire du bien-fondé de la plainte et moyennant de bons appuis politiques parmi les parlementaires (Gellhorn et Lauer, 1955; Holtzoff, 1942; Shumate, 1942). C'est ainsi que s'est développé un système d'indemnisation fort aléatoire, les tribunaux s'en remettant *at the good faith of the United States* (Stewart, 1979, p. 816). Sur le plan pratique, le régime était largement défectueux, puisque devant l'afflux des demandes d'indemnisation, le Congrès s'en est exclusivement remis à des commissions spécialisées dont l'appréciation était simplement guidée par le favoritisme (Luce, 1932; Field, 1946). Pourtant, dès 1855, des correctifs ont été apportés en vue de remédier à cette situation, notamment par la création de juridictions spécialisées[81].

Compte tenu de difficultés croissantes, une réforme majeure fut introduite en 1946 par le *Federal Tort Claims Act*[82]. Désormais, les *Federal District Courts* deviennent les tribunaux de première instance en la matière avec possibilités d'appel à la *Court of Claims* et à la Cour suprême (Klee, 1983, p. 7; James, 1955). Malgré son importance, cette loi n'a cependant pas supprimé le principe même de l'immunité pour les dommages causés à autrui. Pour les réclamations non couvertes par ces dispositions, le Congrès reste encore seul maître pour en apprécier la recevabilité (Davis, 1970, p. 403; Gellhorn et Lauer, 1955, p. 4). Par un «pur souci d'équité», celui-ci continue donc de juger s'il est convenable d'utiliser les fonds publics pour satisfaire des réclamations

80. [TRADUCTION] «Devinrent impossibles à exercer, non seulement la pétition de droit, mais également ce qui relevait à l'origine du *montrans de droit*, de la *traverse* et des pétitions présentées à la Cour de l'Échiquier et à la Cour de la Chancellerie» (Jaffe, 1963, p. 19). Voir de même Goodnow, 1905, p. 387.

81. C'est ainsi que fut créée en 1855 la *Court of Claims*, institution fédérale, qui sans être un véritable tribunal, n'en avait pas moins pour fonction d'examiner les demandes d'indemnisation et de soumettre un rapport au Congrès (Crane, 1920; Richardson, 1882). Les commissions du Congrès n'en gardaient pas moins le pouvoir de juger de la recevabilité des réclamations. En 1863, le *Tucker Act* transformait la *Court of Claims* en un véritable tribunal, sous réserve d'une juridiction concurrente avec les *Federal District Courts* et d'un droit d'appel à la Cour suprême pour les montants supérieurs à 3 000 $. Ce tribunal n'était toutefois compétent que pour les différends nés de contrats, les réclamations pour *torts* devant être présentées directement au Congrès. La responsabilité délictuelle restait l'apanage exclusif de ce dernier. Loin de procéder exclusivement par lois privées pour régler sur une base ad hoc les litiges, le Congrès introduisit quelques exceptions partielles au principe général de l'irresponsabilité de l'État (Gellhorn et Schenck, 1947). Par exemple, des régimes spéciaux ont été adoptés entre 1900 et 1946 en matière de brevets, d'ostréiculture et pour les affaires maritimes. Ces brèches se sont révélées insuffisantes.

82. Elle représente le titre IV du *Legislative Reorganization Act*. Pour en savoir plus, voir notamment Steadman, Schwartz et Jacoby, 1983, p. 243.

privées. Même si le *Federal Tort Claims Act* apparaît comme un progrès substantiel, le principe de l'immunité n'en subsiste pas moins dans de vastes secteurs de l'action administrative, et ce, malgré les amendements de 1966 et 1974 (Stoutamire, 1980; Scott, 1978). Par exemple, cette loi n'en contient pas moins treize exceptions explicites au régime de responsabilité qu'elle édicte (Klee, 1983, p. 15).

Pour l'essentiel, il faut donc retenir que le droit américain éprouve certaines difficultés à se dégager de la théorie de la *sovereign immunity*, cette dernière ne pouvant être modifiée que par des dispositions législatives expresses. Même si certains États américains ont adopté par voie législative des régimes de responsabilité délictuelle plus ou moins calqués sur les règles du droit privé[83], de multiples exceptions n'en favorisent pas moins la survie du principe de l'immunité de l'État. Il faut d'ailleurs noter que c'est dans le seul domaine de la responsabilité délictuelle que ce principe commence à se lézarder, car ailleurs, c'est souvent le retour à la règle de l'immunité absolue. En l'absence d'une loi autorisant explicitement l'exécution forcée contre les biens d'un État, d'un comté ou d'une municipalité, l'immunité reste la règle[84]. De plus, [TRADUCTION] «une loi qui autorise une poursuite contre l'État ne doit pas être interprétée comme autorisant la saisie de biens en vue de satisfaire aux conditions du jugement rendu à la suite de cette poursuite[85]». Cette approche restrictive a été confirmée avec force par la jurisprudence, l'exécution, ou plus généralement la satisfaction du jugement, dépendant du seul bon vouloir des autorités, notamment de celui du Parlement, seul organe autorisé à débloquer des fonds[86]. Pour les juges, il ne saurait être question de saisir des biens détenus à des fins publiques par toute la collectivité. Dans cette optique, [TRADUCTION] «le domaine public ... est considéré comme ‹hors commerce› et échappe à la saisie et à la vente forcée pour satisfaire aux jugements» (Patrick III, 1977, p. 983). Dans le domaine de l'exécution forcée, le principe de l'immunité se trouve donc renforcé par l'affectation à des fins d'intérêt général du patrimoine de l'État.

Le principe de la *sovereign immunity* n'en reste pas moins le fondement réel de l'immunité en matière d'exécution forcée, si bien qu'en définitive, cette dernière ne peut être correctement comprise et évaluée qu'à la lumière de toute cette évolution historique. Dans la perspective d'un changement, ce poids de la tradition reste d'une importance déterminante, même en Californie.

---

83. En 1976, seulement douze États avaient accepté d'introduire une réforme législative dans ce domaine. Il n'y a donc rien d'excessif à affirmer que l'immunité reste la règle, la responsabilité étant encore l'exception. Voir Schwartz, 1976, p. 568.

84. L'idée de contraindre directement l'État à l'accomplissement d'un acte particulier n'est guère admise en droit américain. Les actions en vue d'une exécution en nature ne sont pas recevables sous l'empire du *Federal Tort Claims Act* et du *Tucker Act* : [TRADUCTION] «Aucune exécution en nature n'est recevable sans dispositions législatives à cet effet» (Steadman, Schwartz et Jacoby, 1983, p. 137). Cette immunité repose sur la règle que [TRADUCTION] «l'autorité souveraine ne peut être soumise à une obligation prononcée par les tribunaux — les tribunaux ne peuvent donner d'ordre au Souverain» (*Id.*, p. 250). En cas d'inaction des autorités, les administrés n'ont bien souvent pour seule alternative que le recours en dommages-intérêts. Voir à ce sujet Warner, 1967, p. 818.

85. 30 *Am. Jur.* 2d, Executions s. 195.

86. [TRADUCTION] «Depuis 1977, une loi du Congrès pourvoit à l'affectation des fonds nécessaires pour l'exécution des jugements finaux rendus contre l'Administration» (Stewart, 1979, p. 818).

2. Les prémisses de la réforme californienne

Pour l'essentiel, la situation qui prévaut en Californie ressemble beaucoup à celle que l'on peut observer sur la scène fédérale. L'instauration d'un régime législatif pour la responsabilité délictuelle de l'État a été toutefois plus tardive, puisque ce n'est qu'en 1963 que fut adopté le *California Tort Claims Act*[87]. Auparavant, les règles applicables en la matière se résumaient à un mélange complexe de common law et de dispositions législatives spéciales. Comme les autorités semblaient peu désireuses de remédier aux nombreuses lacunes de cette situation, les tribunaux prirent les devants pour innover considérablement (ce sont les affaires *Muskopf* v. *Corning Hospital District* et *Lipman* v. *Brisbane Elementary School District*[88]).

Désormais, la responsabilité délictuelle de l'État relève seulement de la loi. En l'absence de dispositions expresses à cet effet, la règle de l'immunité continue donc de prévaloir au bénéfice de l'Administration, le common law ne pouvant servir de régime alternatif. Fort heureusement pour les administrés, les zones grises sont moins nombreuses qu'ailleurs puisque cette loi est souvent présentée comme [TRADUCTION] «le régime législatif le plus complet aux États-Unis en ce qui concerne la responsabilité de l'Administration» (Klee, 1983, p. 33). Néanmoins, l'immunité reste encore la règle pour l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de même qu'en matière législative et réglementaire. La non-application de la loi de même que le défaut de procéder à une inspection tombe également dans ces exceptions.

En matière d'exécution, l'immunité reste la règle. Là comme ailleurs, le droit à l'exécution réelle reste donc aléatoire même si les règles de responsabilité ont considérablement évolué. Même si le *Government Code* prévoit quelques règles pour le paiement d'un jugement rendu contre l'État[89], il n'existe en contrepartie aucun moyen pour contraindre ce dernier à l'exécution forcée[90]. Le principe général est à l'effet que [TRADUCTION] «les biens appartenant à l'État échappent à l'exécution forcée, sauf dans les rares circonstances où une disposition législative prévoit expressément le contraire» (Californie, 1980, p. 1262). La seule atteinte à la généralité de ce principe se manifeste à l'échelon «local» (par exemple, villes et comtés, districts scolaires) : un bien qui n'est pas utilisé pour une fin d'intérêt public peut être sujet à exécution forcée. À ce niveau, la recevabilité de cette dernière dépend donc de la fin ou du but pour lequel le bien est détenu, ce qui révèle un certain souci d'adaptation à la nature des activités administratives.

Dans son rapport de 1980, la Commission de révision du droit de Californie a proposé plusieurs modifications importantes concernant [TRADUCTION] «l'exécution des créances et des jugements contre des organismes publics» (*Id.*, p. 1261). Ce rapport constate d'abord que les recours offerts en matière d'exécution forcée par le Code de procédure civile de Californie ne sont pas recevables [TRADUCTION] «pour faire

87. Devenu les dispositions 810 à 996.6 du *Government Code*. Sur ce régime spécial, voir Nelson et Avnaim, 1974; Chotiner, 1968.

88. Craignant les conséquences de cette percée jurisprudentielle, les autorités ripostaient en 1961 par un moratoire (*Moratorium Act of 1961*) qui servit de prélude à l'importante réforme de 1963.

89. Articles 912.8, 920 à 920.8, 925 à 926.8, 935.6, 955.5, 965 à 965.4.

90. [TRADUCTION] «Les recours dont dispose normalement le créancier d'un jugement en vertu du code de procédure civile sont inefficaces en ce qui concerne l'exécution des jugements rendus contre des autorités publiques et sont rarement exercés dans ce cas» (Californie, 1980, p. 1262).

exécuter un jugement rendu contre un organisme public» (*Id.*, p. 1262). En Californie, comme ailleurs aux États-Unis, [TRADUCTION] «les biens de l'État échappent à l'exécution forcée» (*Ibid.*), ce qui peut conduire à des situations préjudiciables pour le public. En l'absence de tout droit à l'exécution, même pour une condamnation pécuniaire, le public s'expose à des tractations avec les administrations concernées qui ont ainsi beau jeu pour invoquer des impératifs de gestion comptable afin de différer les paiements. Tout est fonction du bon vouloir des autorités qui peuvent éventuellement refuser de prendre toute action positive susceptible d'entraîner des frais non prévus au budget annuel.

Dans le but de clarifier cette situation, et aussi pour reconnaître aux individus un droit tangible au paiement du jugement rendu en leur faveur, la Commission californienne propose que toutes les autorités de l'État, locales ou centrales, soient obligées de payer une condamnation pécuniaire. À l'échelon local, elle suggère que l'autorité récalcitrante puisse être éventuellement contrainte par un bref de mandamus (*Id.*, p. 1263). À l'échelon de l'État, un tel moyen ne peut être utilisé si aucun crédit budgétaire n'est certifié disponible par le directeur des finances, ce qui oblige à recourir à une autorisation parlementaire. La procédure de paiement y est relativement complexe, le *State Board of Control* devant remettre l'argent après obtention d'un certificat émanant du directeur des finances, lequel vérifie si des fonds sont disponibles pour satisfaire au jugement.

Les changements proposés par la Commission californienne ne vont guère plus loin. En effet, au chapitre de l'exécution forcée, elle recommande que [TRADUCTION] «il devrait être expressément prévu par la loi que les divers moyens habituellement utilisés pour l'exécution forcée des jugements ne peuvent être employés lorsqu'il s'agit de faire exécuter une condamnation pécuniaire contre un organisme public» (*Id.*, p. 1262). Cette règle est désormais générale, peu importe l'affectation des biens appartenant aux autorités publiques. Cette recommandation tient compte de la nature spéciale des missions étatiques, et parce qu'à la lumière des expériences antérieures, [TRADUCTION] «l'exécution forcée contre les biens de l'État ne s'est pas montrée efficace pour l'exécution des jugements rendus contre des organismes publics» (*Id.*, p. 1266). Les règles qui gouvernent l'exécution forcée demeurent donc inchangées, comme c'est d'ailleurs le cas de tous les autres États américains. Par exemple, le paragraphe 10(c) de l'article 12 de la Constitution de la Louisiane précise que [TRADUCTION] «L'assemblée législative ... doit assurer les moyens nécessaires pour l'exécution des jugements, mais ni les biens de l'État ni les fonds publics ne peuvent faire l'objet d'une saisie» (Patrick III, 1977, p. 985).

À la réflexion, les changements proposés en Californie se révèlent assez décevants. Ils ont le défaut d'être uniquement axés sur des condamnations pécuniaires au détriment d'une réévaluation globale de l'immunité d'exécution. Ils laissent également en suspens les problèmes qui surgissent lorsque les autorités refusent de se conformer à un jugement de nature mandatoire. En pareil cas, nous savons déjà que les recours offerts par le common law, tels le jugement déclaratoire et le mandamus, ne sont que d'une efficacité limitée[91]. La doctrine américaine estime d'ailleurs que la situation actuelle représente un système capricieux (*a capricious system*), générateur d'arbitraire et d'inégalités (Patrick III, 1977, p. 990). Des auteurs réclament comme naguère l'abolition du principe de l'immunité de l'État (*Id.*; Zale, 1973) ou de meilleures

91. Voir *supra*, p. 37. Pour le droit américain, voir en particulier Brill, 1983.

garanties à défaut de son abandon (Stewart, 1979, p. 845; Ripple, 1971). Le décalage apparaît désormais trop grand entre sa portée absolue et la dimension réelle des activités de l'État. Si ce dernier étend le champ de ses activités commerciales, il est inévitable que des revendications égalitaires se fassent jour en vue d'accroître la sécurité des relations d'affaires[92].

Dans les systèmes anglo-saxons, l'immunité de principe dont jouissent les autorités publiques a donc la vie dure (Lloyd, 1949). En responsabilité délictuelle, comme pour l'exécution forcée, l'immunité a survécu à bien des réformes. Il est donc indispensable de vérifier si «l'autre système», celui de la tradition continentale, a su trouver des solutions différentes pour remédier à ces difficultés.

B. La réforme française de 1980

Avec la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 «relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public»[93], la France a modifié considérablement l'immunité dont jouissait auparavant l'Administration en matière d'exécution des jugements[94]. La doctrine n'a pas manqué de saluer cette victoire remportée sur un autre «bastion des privilèges de l'Administration» (Linotte, 1981), en vue de mettre fin «au scandale ... résultant de l'inexécution ou de l'exécution tardive des décisions de justice par l'administration»[95]. Contrairement au juge judiciaire français, qui dispose à l'encontre de l'Administration du pouvoir de prononcer l'astreinte et l'injonction (Le Berre, 1979), le juge administratif ne s'est jamais reconnu une telle faculté, ce qui est étonnant en comparaison de son audace en bien d'autres matières. Il semble qu'il ait été incapable de surmonter le principe de séparation entre juridiction administrative et Administration active, lequel est à l'origine même de la formation historique du Conseil d'État — Passage de la Justice retenue à la Justice déléguée (Chevallier, 1970). Dans cette optique, le juge administratif ne pouvait «faire acte d'administrateur» par le recours à l'injonction ou à un autre recours de nature mandatoire (*Id.*, 1972), pas plus d'ailleurs qu'il ne pouvait se substituer directement à l'Administration en utilisant un «pouvoir de réformation» semblable à celui du droit allemand[96]. Son autolimitation, propice à la désobéissance de l'Administration, rendait donc nécessaire une réforme législative qui finit par aboutir en 1980, après une longue gestation. Dans des circonstances un peu

92. Sur ce point, les critiques se multiplient dans des domaines qui ne relèvent pas du droit public, tels le droit international privé, le droit commercial et le droit des affaires. Ces attaques risquent d'être plus percutantes car elles ne sont pas conditionnées par les mêmes inhibitions à l'égard du phénomène «État».

93. *A.J.D.A.* 1980, 504; *J.C.P.* 1980.3.50161.

94. Voir *supra*, p. 21. Pour des commentaires en langue anglaise sur le phénomène de l'inexécution, voir Weil, 1965, p. 254.

95. Tercinet, 1981, p. 3. Voir aussi Distel, 1980; Baraduc-Bénabent, 1981; Bon, 1981.

96. «À la fin du procès, le plaideur allemand dont la demande est bien fondée est assuré d'avoir pleinement satisfaction. En effet, le juge administratif dispose d'un pouvoir d'injonction et, en cas de compétence liée, il peut même réformer la décision administrative contestée ou substituer sa propre décision au silence de l'administration» (Fromont, 1984, p. 62). Voir également Eisenberg, 1959. En droit italien, le juge administratif dispose d'un pouvoir similaire puisqu'il peut se substituer à l'autorité administrative en nommant des *commissaria ad acta* pour agir au lieu et place de l'Administration qui refuse d'obtempérer à sa décision.

différentes, l'astreinte a également été introduite par voie législative dans les systèmes belge (en 1980) et néerlandais (en 1978). C'est toutefois le juge qui devait prendre l'initiative d'en étendre l'application contre les pouvoirs publics (Moreau-Margreve, 1982, p. 75).

I. L'admission de l'astreinte en matière administrative

L'ampleur relative des cas d'inexécution des jugements (Braibant, 1961; Lefas, 1958), de même que l'absence de recours semblables au mandamus ou à l'injonction tels qu'ils existent en droit anglais (Gaudemet, 1977, p. 814), explique dans une certaine mesure la vigueur de la réforme française. Il s'agissait de reconnaître au juge administratif un moyen approprié pour contraindre l'Administration. Ce moyen, le législateur l'a tout simplement puisé dans le droit privé pour l'étendre au droit administratif. En permettant l'utilisation de l'astreinte contre des personnes morales de droit public, il a indéniablement ouvert une brèche dans l'immunité de principe des autorités administratives contre toute mesure d'exécution forcée. L'astreinte constitue effectivement un moyen d'exécution forcée mais, notons-le bien, un moyen tout à fait spécial qui tente de concilier la liberté du débiteur récalcitrant avec la nécessité de recourir à un moyen de pression efficace[97].

a) *La nature spéciale de l'astreinte*

L'astreinte est reconnue comme inhérente à la fonction juridictionnelle. En effet, le juge ne dispose pas seulement de la *jurisdictio* (pouvoir de dire le droit) mais aussi de *l'imperium* (pouvoir de contrainte) (Burki, 1979, p. 40; Esmein, 1903). Par l'astreinte, il peut soumettre un débiteur rebelle à une condamnation pécuniaire de nature provisoire et comminatoire en vue d'aboutir à l'exécution d'une obligation[98]. Ce moyen est particulièrement indiqué pour les obligations de faire ou de ne pas faire. La nature juridique de l'astreinte n'en reste pas moins complexe. Ce n'est ni une injonction ni une condamnation à des dommages-intérêts (Fréjaville, 1951; Raynaud, 1964). Elle est un «moyen de pression» (Baraduc-Bénabent, 1981, p. 95; Fréjaville, 1951), une «sanction judiciaire» (Tercinet, 1981, p. 7; Boré, 1966), une «peine privée» (Kayser, 1953, p. 244), une «menace immédiate» (Savatier, 1951, p. 37), un «avertissement» (Fréjaville, 1949, p. 2-3), un «procédé de contrainte» (Burki, 1979, p. 40; Savatier, 1951, p. 40), une «force de frappe» (Moreau-Margreve, 1982, p. 12). L'astreinte n'apparaît pas comme un ordre pour agir dans un sens déterminé. Cette fonction relève de l'injonction. L'astreinte est au contraire une sanction civile (ce n'est pas une amende) qui vient réprimer pécuniairement l'inobservation d'un jugement[99]. En ce sens,

97. Dans les travaux préparatoires de la loi belge de 1980, la «nature autonome» de l'astreinte a été évoquée pour en faire un «moyen de coercition d'une nature originale» (Moreau-Margreve, 1982, p. 41).

98. Fréjaville, 1949. Le pouvoir de prononcer des astreintes a été officiellement reconnu au juge judiciaire par la loi n° 72-625 du 5 juillet 1972 en reprenant les principes dégagés par la Cour de Cassation.

99. «L'astreinte consiste en une condamnation pécuniaire, accessoire à une condamnation principale et conditionnelle à l'inexécution ou à l'exécution tardive de cette dernière. Elle est dite définitive lorsqu'au moment de son prononcé le tribunal en fixe irrévocablement le montant; elle est dite provisoire lorsqu'au contraire il se réserve la faculté de réviser ce montant une fois le défaut constaté. L'efficacité du procédé réside dans le fait qu'il exerce une pression sur le débiteur qui, pour éviter d'assumer la condamnation pécuniaire, exécute la décision principale» (Massé, 1984, p. 661).

«elle se présente comme une mesure comminatoire et arbitraire emportant contrainte indirecte, et est expressément conçue comme différente des voies d'exécution» (Le Berre, 1979, p. 15). Cette nuance est particulièrement importante, car en France comme ailleurs, il est impossible de recourir à des voies d'exécution forcée contre les personnes publiques[100]. Ce principe reste valable pour les services publics industriels et commerciaux[101]. Si l'astreinte ne constitue pas une véritable mesure d'exécution forcée, il faudrait donc croire qu'elle n'est pas susceptible de remettre en cause l'immunité générale dont bénéficie à ce sujet l'ensemble de l'Administration française. En effet, sa nature reste tout à fait spéciale puisqu'elle n'implique pas l'utilisation de la contrainte matérielle directe, laquelle, comme c'est le cas de la saisie, ne peut être mise en œuvre que par les pouvoirs publics. Son admission en droit administratif permet à l'État de conserver son immunité contre l'exécution directe. Mais dans la mesure où l'astreinte a pour fonction de parvenir à l'exécution forcée par des voies indirectes, elle ouvre quand même une brèche dans l'immunité de principe de l'État. Par sa nature et sa finalité, nous sommes portés à croire qu'elle constitue une mesure d'exécution forcée, mais rappelons-le, une mesure qui présente un caractère tout à fait original.

Dans ce contexte, l'astreinte est séduisante puisqu'elle parvient à concilier le besoin de reconnaître au juge un moyen de contrainte contre l'Administration, tout en laissant à cette dernière le bénéfice de son autonomie traditionnelle. Cette conciliation est d'ailleurs ce qui singularise l'institution en droit privé. En effet, «ce moyen, qui consiste à faire peser sur le débiteur une condamnation éventuelle à verser une somme d'argent s'il refuse d'exécuter sa prestation, ne porte pas atteinte à l'intégrité physique ou morale de celui-ci comme le serait l'exécution forcée manu militari» (Massé, 1984, p. 687).

Ce respect de l'intégrité du débiteur revêt une signification toute particulière lorsque celui-ci n'est nul autre que l'État ... Dans le cas de l'exemple français, ce procédé revient à punir civilement l'Administration en cas de violation de la chose jugée sans pour autant la contraindre directement. En effet, «le mécanisme de l'astreinte donne au débiteur le choix entre l'exécution rapide d'une obligation et le paiement d'une forte somme d'argent, hors de proportion avec le préjudice résultant de l'inexécution» (Tercinet, 1981, p. 7). Il s'agit bien d'une «peine privée» (Fréjaville, 1949, p. 1) qui ne fait nullement obstacle à l'attribution ultérieure ou cumulative de dommages-intérêts[102]. Comme le signale Tercinet, il s'agit de conduire l'Administration à tirer d'elle-même les conséquences logiques qui découlent de la censure contentieuse et non pas «de lui dicter un comportement administratif précis» (1981, p. 7). Ce respect de l'autonomie administrative ne doit pas être pris à la légère. Si l'Administration a le devoir de se conformer à la légalité, en revanche, il est normal qu'elle puisse avoir un minimum de liberté pour apprécier de l'opportunité des mesures pour y parvenir. C'est cette idée de contrainte indirecte qui rend la réforme française intéressante.

100. «[L]es biens administratifs, biens matériels ou deniers publics, sont insaisissables» (de Laubadère, 1980, p. 515); Jacquignon, 1958. Voir également Vedel et Delvolvé qui signalent qu' «... il n'existe pas de voies d'exécution privée à l'encontre de l'Administration» (1982, p. 724). Même si plusieurs auteurs réaffirment péremptoirement l'existence de cette immunité, Delvolvé n'en souligne pas moins «l'incertitude de son fondement et l'indétermination de sa portée» (1983-84, p. 129). Sur sa portée, voir également Amselek (1986).

101. Tercinet, 1981, p. 5. Il faut toutefois noter qu'une nouvelle jurisprudence permet à certaines conditions l'utilisation des voies d'exécution forcée contre des établissements publics industriels et commerciaux (Delvolvé, 1983-84, p. 131; Gaudemet, 1984, p. 565-569).

102. «L'astreinte ... peut se cumuler avec les dommages-intérêts. Si elle devient elle-même des dommages-intérêts, le cumul est impossible» (Fréjaville, 1951). Voir aussi Baraduc-Bénabent, 1981, p. 99.

b) *Les modalités d'application*

Dans ses modalités concrètes, la loi du 16 juillet 1980 apparaît effectivement comme un compromis qui vise à reconnaître des droits tangibles aux administrés sans bouleverser les principes fondamentaux du droit administratif. Les articles sont rédigés fort simplement dans la tradition propre au droit français. L'article 2 prévoit que l'astreinte peut être prononcée «en cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative»[103]. Il laisse donc au juge administratif la possibilité d'apprécier ce qu'est une «décision inexécutée», laquelle pourrait être évaluée en fonction d'un seuil où l'inexécution devient manifeste[104]. Cette disposition a toutefois le défaut de ne pas tenir compte explicitement des hypothèses où l'exécution est partielle ou défectueuse (Baraduc-Bénabent, 1981, p. 97). L'interprétation contentieuse pourrait toutefois suppléer ce laconisme du législateur pour inclure ces hypothèses dans le phénomène global de l'inexécution. Il faut d'ailleurs noter que seul le Conseil d'État est reconnu compétent pour prononcer l'astreinte (article 2).

L'article 3 indique que le prononcé de l'astreinte peut être définitif ou provisoire. Il est définitif lorsque la sanction fixée par le juge n'est susceptible d'aucune révision ultérieure, ce qui revient en quelque sorte à calquer la condamnation sur le préjudice effectivement subi (Rassat, 1967). Le juge utilise ce moyen drastique lorsque l'inexécution est suffisamment caractérisée pour être attribuée à de la mauvaise foi ou à de la négligence grave. Le débiteur n'est donc plus en mesure d'invoquer des circonstances atténuantes. Aucune révision à la baisse n'étant possible, chaque journée de retard se trouve computée à «plein tarif» pour former une somme définitive que le débiteur doit acquitter. Dans le cas de l'astreinte provisoire, le juge se réserve une possibilité de révision ultérieure pour tenir compte de facteurs externes qui peuvent influer sur l'exécution, notamment pour évaluer la conduite du débiteur. En principe, l'astreinte est toujours provisoire et elle n'est prononcée que pour un court délai (Fréjaville, 1949, p. 3). L'astreinte se compute par périodes (jours, semaines, mois) qui peuvent être sujettes à renouvellement. Le juge possède une entière liberté pour déterminer la journée qui en constitue le point de départ[105]. Son taux est généralement très élevé pour pénaliser durement celui qui en fait l'objet. En vertu de l'article 5, le Conseil d'État a discrétion pour attribuer le produit de l'astreinte au requérant ou, en tout ou en partie, aux collectivités locales via un fonds spécial.

---

103. Voir *supra*, note 93.

104. Après avoir été saisi d'une cinquantaine de demandes d'astreinte, et ayant encore à juger de la recevabilité d'un nombre identique de requêtes en ce sens, le Conseil d'État dégage progressivement une véritable doctrine sur le sujet. Pour que le prononcé d'une astreinte soit autorisé, il semble qu'il faille au moins réunir trois conditions : (1) la portée du jugement dont l'inexécution est alléguée doit être définie sans ambiguïté; (2) le refus d'exécution doit être manifeste et prolongé; (3) l'exécution du jugement ne doit pas entraîner pour l'ordre public un trouble plus grave que celui qui résulterait de l'inexécution. Voir notamment C.E. 17 mai 1985, «Mme Menneret», *A.J.D.A.* 1985, p. 454 et 399 (chr. S. Hubac et J.-E. Schoettl); Pauti, 1985; *D.*1985.J.537 (Note J.-M. Auby). Un examen général de cette jurisprudence montre que le juge rejette les requêtes qu'il considère prématurées, surtout lorsqu'il y a amorce d'exécution de la part de l'Administration. Un certain délai est donc nécessaire, d'autant plus que l'administré doit le mettre à profit pour intimer (par lettre ou par sommation d'huissier) à l'Administration de procéder à l'exécution.

105. Dans l'affaire «Mme Menneret», *supra*, note 104, le Conseil d'État a rendu l'astreinte effective moyennant un délai de deux mois computé à partir de la notification de sa décision à l'Administration. En agissant de la sorte, il laisse aux autorités concernées le temps de prendre les mesures nécessaires tout en favorisant un règlement à l'amiable. L'efficacité de l'astreinte repose en définitive sur son aspect dissuasif.

Même si l'astreinte constitue une mesure coercitive particulièrement redoutable pour les finances publiques, la réputation de l'Administration française est telle que le législateur a tenu à instituer des garanties complémentaires. Il a jugé bon de renforcer le système de l'astreinte «par l'introduction d'une responsabilité pécuniaire personnelle du fonctionnaire à l'origine de l'inexécution», cette responsabilité étant appréciée par la Cour de discipline budgétaire et financière (article 7) (Tercinet, 1981, p. 10; Bon, 1981, p. 45). De plus, dans le cas des condamnations pécuniaires inexécutées, il avait été prévu originellement de reconnaître au juge un véritable pouvoir de substitution en lui permettant de procéder lui-même à l'ordonnancement de la dépense[106]. Jugée trop révolutionnaire parce qu'elle portait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, cette disposition devait être abandonnée au cours des débats parlementaires pour lui substituer l'actuel article premier, lequel oblige le comptable public à payer automatiquement (compétence totalement liée en cas de carence de l'ordonnateur). La somme doit être ordonnée dans les quatre mois suivant notification de la décision, à défaut de quoi, elle doit être réglée sans ordonnancement par le comptable public. Cette innovation est à rapprocher du droit anglo-saxon, où dans certaines provinces ou États, le ministre ou le directeur des Finances doit payer automatiquement la condamnation judiciaire[107]. C'est d'ailleurs l'un des éléments de la réforme californienne[108].

La doctrine française a généralement bien accueilli cette réforme en jugeant qu'elle constitue un progrès considérable en vue de l'exécution des jugements rendus contre l'Administration[109]. Certains ont toutefois déploré que ces mécanismes nouveaux obligent en définitive le plaideur à plaider encore pour obtenir le résultat final (Distel, 1980, p. 73). On peut toutefois rétorquer qu'il en serait ainsi si les mécanismes du droit privé étaient recevables à l'encontre de l'Administration. Peu importe la solution retenue, le phénomène de l'inexécution oblige inévitablement l'individu à accomplir de nouvelles démarches. Dans une optique de réforme, cette riposte pourrait-elle se concrétiser au Canada par un mécanisme semblable ou comparable à celui de l'astreinte?

2. L'évaluation de l'astreinte pour les fins d'une réforme canadienne

Même si la réforme française du 16 juillet 1980 ne se résume pas à l'admission de l'astreinte en matière administrative, l'introduction de ce mécanisme n'en reste pas moins l'élément majeur de cette modification législative. Dans la perspective d'une réforme canadienne, il apparaît utile d'en évaluer l'intérêt puisqu'il a été conçu pour remédier à des problèmes analogues. Il est cependant nécessaire de vérifier si l'astreinte n'existe pas déjà, sous une forme ou sous une autre, en droit canadien.

---

106. «Les décisions juridictionnelles exécutoires passées en force de chose jugée, portant condamnation de l'État, d'une collectivité ou d'un établissement public au paiement d'une somme d'argent valent ordonnancement du montant des sommes qui y sont portées.

Le créancier obtient paiement de ces sommes sur la seule présentation au comptable du trésor d'une expédition de la décision revêtue de la formule exécutoire». [Avant-projet de Loi]

107. Par. 24(4) du *Proceedings Against the Crown Act* de l'Alberta. Voir également les lois de Saskatchewan (par. 19(4)) et du Nouveau-Brunswick (par. 17(3)).

108. Voir *supra*, p. 59.

109. Vedel, addendum à la 7e édition de *Droit administratif*, 1980, p. 107. Voir également Bon, 1981, p. 50.

a) *L'inexistence de l'astreinte en droit canadien*

Comme l'astreinte est un mécanisme propre au droit français, on pourrait croire de prime abord que ce remède de droit privé existe également en droit civil québécois. Or, il y est complètement inconnu. Des raisons propres au Québec et à la France expliquent ce fait. Même si le Québec a conservé la tradition du droit civil français, le régime anglais a néanmoins modifié le statut et les pouvoirs de ses tribunaux. Ces derniers sont devenus les héritiers des pouvoirs reconnus en Grande-Bretagne à la *Court of King's Bench*, en particulier la Cour supérieure lors de sa création en 1849 (Lemieux, 1981, p. 18). Pour réprimer des actes ou des comportements de nature à discréditer leur autorité, les tribunaux québécois disposent de la procédure d'outrage au tribunal. Toutefois, ils auraient pu fort bien disposer d'un mécanisme civil comme celui de l'astreinte puisque plusieurs mesures d'exécution forcée du droit français se retrouvent également en droit québécois[110]. Au moment de la rédaction du *Code civil* et du *Code de procédure civile* au Québec, le juge judiciaire français ne commençait que lentement à se reconnaître le droit de prononcer des astreintes. Comme cette création prétorienne suscita plusieurs réserves dans la doctrine de l'époque (Le Berre, 1979, p. 15), il ne faut donc pas s'étonner que cette construction un peu surprenante n'ait jamais franchi l'Atlantique, sans compter que le juge québécois dispose déjà par l'outrage au tribunal d'une arme dont la portée est redoutable. Par ailleurs, en l'état actuel du droit, il est peu probable que le juge judiciaire du Québec puisse de lui-même se prévaloir de l'astreinte. Pourtant, l'article 46 du *Code de procédure civile* est rédigé de façon très libérale pour reconnaître aux juges «tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur juridiction». Une telle disposition pourrait laisser présumer que le juge québécois dispose d'une liberté considérable pour imposer son autorité. Par souci d'autolimitation, ces «pouvoirs nécessaires» ont été interprétés de façon restrictive pour viser uniquement des pouvoirs complémentaires sans lesquels un acte principal ne peut être accompli (*Association of Food Merchants of Montreal* v. *L'association des détaillants en alimentation du Québec*; *C.T.C.U.M.* v. *Syndicat du Transport de Montréal*). On retrouve d'ailleurs dans la jurisprudence, une affirmation selon laquelle «cette disposition n'a pour seul but que de faciliter l'exercice d'un droit par une procédure non incompatible avec les règles du Code, et non pas d'autoriser les tribunaux à créer des recours d'une nature particulière» (*Vermette* v. *Daigneault*). Un tel contexte est donc fort peu propice à des créations purement jurisprudentielles[111].

b) *L'intérêt d'un rapprochement avec la procédure d'outrage au tribunal*

À défaut de pouvoir reconnaître l'existence de l'astreinte au Canada, force est donc de faire un rapprochement avec le mécanisme qui en tient lieu. Il n'est pas exagéré de soutenir que l'astreinte est pour le droit français ce que l'outrage au tribunal est pour le droit anglo-saxon[112]. Des juristes français ont d'ailleurs fait ce rapprochement (Linotte, 1981; Tercinet, 1981, p. 10). Dans les deux cas, la personne qui refuse de se

110. Pour des éléments de comparaison, voir Vincent et Guinchard, 1981, p. 735 et s.

111. Dans une affaire assez récente, la Cour supérieure a refusé d'innover sur la base de l'article 46 du *Code de procédure civile* pour réprimer des cas de violation de la chose jugée, en l'occurrence une injonction interlocutoire : *Commonwealth Plywood Cie Ltée* c. *Conseil Central des Laurentides*.

112. Sur ce point, nous sommes portés à douter que le rapprochement entre droit français et canadien puisse se faire sur la base d'une comparaison astreinte/injonction comme le laisse entendre Massé, 1984, p. 660.

conformer à une condamnation principale est forcée d'agir ou de s'abstenir sous la menace d'une pénalité financière très élevée, et même dans le cas de l'outrage au tribunal, sous la menace de l'emprisonnement. Dans les deux cas, le débiteur récalcitrant doit agir personnellement pour respecter la condamnation principale, l'exécution forcée directe ou par tiers interposé étant exclue. Ce fait permet de comprendre que, dans le cas du Québec et du Canada, l'outrage au tribunal sanctionne principalement des jugements de nature mandatoire, l'injonction en constituant le meilleur exemple. L'astreinte et l'outrage au tribunal n'en restent pas moins recevables pour assurer le respect de tous les jugements à condition qu'ils énoncent des obligations précises à la charge de la partie qui succombe.

Indéniablement, les deux mécanismes présentent une convergence fonctionnelle pour les procès de nature civile puisqu'ils permettent de réprimer par la contrainte financière des cas de violation de la chose jugée. Le champ d'application de l'outrage au tribunal est toutefois d'une portée plus générale. Il permet de réprimer tout comportement de nature à porter atteinte au bon fonctionnement de la justice ou à l'autorité d'un tribunal[113]. En comparaison, l'astreinte apparaît nettement plus circonscrite puisqu'elle se résume à l'utilisation d'une sanction pécuniaire en cas d'inexécution d'un jugement. Elle avait d'ailleurs été conçue spécialement à cette fin. En poussant davantage cette étude comparative, il faut constater que des différences très nettes les séparent malgré leur similitude fonctionnelle. Dans les deux cas, la nature de la sanction se révèle différente. L'astreinte représente essentiellement une condamnation pécuniaire que le juge peut prononcer sans procédure d'accusation. Même si la doctrine a réitéré à maintes reprises sa conviction en l'existence de l'outrage civil, cette procédure revêt surtout la forme d'une infraction de nature pénale pouvant aboutir à l'emprisonnement. Cette dimension accusatoire de l'outrage au tribunal n'a pas échappé à la Commission de réforme du droit du Canada qui favorise la «pénalisation» de ce processus répressif[114].

Si leurs fins sont donc similaires, les deux moyens n'en diffèrent pas moins sur le fond. Par sa nature répressive et accusatoire, l'outrage au tribunal relève davantage de l'univers des infractions, alors qu'en contrepartie, l'astreinte se rattache à la panoplie des mesures d'exécution forcée, ce qui ne l'empêche pas, comme nous l'avons vu, d'occuper une place à part. L'outrage au tribunal fait donc figure de châtiment. La finalité de l'institution est davantage d'ordre rétrospectif en ce sens qu'elle cherche à sanctionner définitivement le fait accompli. L'astreinte est au contraire de nature prospective puisqu'elle recherche essentiellement l'accomplissement d'un acte. Les condamnations pécuniaires sont ici subordonnées à une obligation principale. À l'opposé du caractère péremptoire et définitif de l'outrage, l'astreinte est davantage orientée vers la recherche d'une fin. Elle n'est au fond qu'un moyen de pression pour l'obtention d'une conformité matérielle au jugement. Ce mécanisme de pression financière n'a donc pas d'équivalent véritable dans les pays anglo-saxons.

---

113. Sur la distinction entre outrage *in facie* et *ex facie*, voir Popovici, 1977, p. 47.

114. Canada, CRDC, 1982, p. 45 et 23. Même si elle admet que l'outrage civil reste valable en matière d'atteinte à l'autorité judiciaire, la Commission de réforme du droit du Canada reconnaît néanmoins la place prépondérante du droit pénal dans les affaires d'outrage au tribunal. Avec le dépôt du projet de loi C-19 en février 1984, les recommandations de la Commission avaient été largement reprises par les autorités, puisque le nouvel article 116 du code criminel aurait prévu que la désobéissance «à une ordonnance légitime» d'un tribunal aurait été un acte criminel ou une infraction punissable par procédure sommaire (les articles 131.1 à 131.22 de ce projet reflétaient l'importance accordée à la procédure pénale). Si le nouveau Gouvernement entend éventuellement lui donner suite, cette réforme législative pourrait constituer l'aboutissement d'une évolution déjà sensible depuis longtemps.

Dans la perspective «civile» de l'exécution des jugements, les avantages de l'astreinte méritent d'être étudiés sérieusement. En 1949, Street notait que [TRADUCTION] «cette mesure [l'astreinte, que l'auteur désigne comme un ‹pecuniary judgment›] semble être la plus progressiste adoptée jusqu'à maintenant pour l'exécution des jugements rendus contre l'Administration, et il conviendrait d'envisager très sérieusement l'adoption d'une règle semblable dans le Commonwealth britannique» (1949, p. 44). Pour envisager de nouvelles solutions, l'astreinte doit faire l'objet d'une réflexion plus approfondie, notamment dans la perspective d'une problématique sanction civile/sanction pénale.

II. *Les appréciations doctrinales*

En droit anglo-saxon, l'immunité d'exécution dont bénéficie l'État n'a pas, sauf rares exceptions, soulevé l'intérêt de la doctrine. Certains verront dans ce phénomène la preuve supplémentaire de l'absence de tout problème dans ce domaine. Harlow ne partage pas ce sentiment en estimant que [TRADUCTION] «l'Anglais a fâcheusement tendance à conclure à l'inexistence des problèmes dont on ne parle pas». Au contraire, «ce problème est bien réel et il est nécessaire d'en discuter afin d'en signaler l'existence à l'opinion publique» (1976, p. 133). Les efforts déployés par cet auteur ne peuvent toutefois suppléer un long silence et ce n'est bien souvent que de façon médiatisée — par exemple par des commentaires généraux sur les privilèges et immunités de la Couronne — que certaines réactions sont perceptibles. Même dans l'hypothèse d'une contestation générale du statut privilégié de la Couronne, il n'est guère possible d'en déduire une volonté de changement en matière d'exécution.

En prenant davantage de recul compte tenu des observations émises un peu partout dans le Commonwealth, aux États-Unis et en France, certaines idées-forces finissent par s'imposer à l'attention. Comme les juristes sont tous confrontés à l'immunité d'exécution, leurs commentaires convergent sous bien des rapports. La problématique de fond est en fait la même partout. Généralement, l'immunité d'exécution est dénoncée à des degrés divers dans le but d'accroître les garanties des administrés. Peu nombreux sont ceux qui croient ou qui souhaitent que le juge puisse remédier de lui-même à cette situation[115]. Les suggestions vont plutôt dans le sens d'une réforme législative[116].

Les propositions de réforme sont souvent orientées vers des sanctions de type pécuniaire. Par exemple, Harlow estime que le droit britannique a méconnu les possibilités de contrainte offertes par le traditionnel recours en dommages-intérêts. Elle poursuit en ajoutant que [TRADUCTION] «le droit français montre bien que les dommages-intérêts en droit administratif répondent à un double objectif d'indemnisation et de sanction» (1976, p. 133). En effet, des auteurs français ont proposé «la mise en

115. Ce fut notamment le cas en France où quelques auteurs invitaient le Conseil d'État à se reconnaître le pouvoir de prononcer des astreintes. Voir en ce sens Chevallier qui prétendait qu' «... une intervention du législateur ne paraît pas indispensable ; il suffit au juge administratif ... d'améliorer la portée de son contrôle» (1972, p. 89).

116. À cet égard, il est intéressant de relever que l'insistance de la doctrine française pour dénoncer quelques cas isolés d'inexécution ait fini par contribuer à une réforme d'envergure.

jeu de la responsabilité de la puissance publique comme moyen commode pour assurer l'efficacité des annulations contentieuses» (Josse, 1953; Braibant, 1961, p. 64). En droit américain, on trouve des réflexions analogues. Stewart a tenté de démontrer qu'un droit à la réparation pécuniaire (*Remedy of damages*) pouvait être déduit de la formulation générale du Cinquième Amendement à la Constitution, lequel énonce en substance que nul ne peut être privé par l'État d'un droit ou d'un bien sans une juste compensation pécuniaire (1979, p. 824). Elle va d'ailleurs plus loin en affirmant que cette renonciation constitutionnelle à l'immunité de l'État implique logiquement la reconnaissance pour les tribunaux d'un pouvoir d'exécution forcée. En effet, [TRADUCTION] «le Cinquième Amendement permet de conclure que les tribunaux qui ont pour mission de sanctionner cette garantie constitutionnelle disposent également d'un pouvoir contraignant pour en assurer son respect» (*Id.*, p. 825). Les tribunaux américains ne l'entendent pas ainsi. Fidèles à la tradition du droit public anglo-saxon en ce qui concerne les privilèges de l'État, ils exigent des diverses assemblées législatives une formulation claire et expresse en faveur de leur abandon.

L'idée de sanctions pécuniaires ou de condamnations à des dommages-intérêts a donc éveillé l'intérêt de la doctrine. Ce résultat n'est pas fortuit. Un peu partout, les juristes tentent de concilier les immunités existantes avec la nécessité de reconnaître aux tribunaux des moyens tangibles pour assurer l'efficacité de leur contrôle. Rares ont été ceux qui se sont prononcés pour une admission sans réserve des moyens d'exécution forcée contre l'État ou contre les organismes publics[117]. La tendance générale a plutôt été de favoriser l'apparition de mécanismes qui puissent contraindre et punir les autorités, sans pour autant supprimer des privilèges qui paraissent indispensables compte tenu de la nature particulière des activités administratives. Ce respect de l'immunité actuelle revêt souvent un caractère implicite. Dans la perspective d'un changement, nombreux sont ceux qui ne font aucun commentaire quant à la pertinence même de l'immunité d'exécution. Son maintien semble aller de soi, ce qui revient à éluder le fond du problème. Tout se passe comme si le poids de la tradition historique et des obstacles psychologiques particulièrement puissants rendaient incongrue l'idée même d'une réévaluation critique. La réforme du statut juridique de l'Administration ne semble pas pouvoir échapper à l'ingérence de facteurs irrationnels (Canada, CRDC, 1985, p. 28), ce qui rend nécessaire le recours à une problématique axée directement sur les réalités contemporaines.

Section II : Le respect des réalités contemporaines

Ce survol général des commentaires de la doctrine et de quelques réformes étrangères révèle qu'un changement est possible. D'autres systèmes ont été confrontés à des problèmes identiques et ont tenté d'y remédier. Sauf l'exception déjà relevée pour deux États australiens (voir *supra*, note 73), aucune des solutions étrangères dont nous avons eu connaissance n'a été jusqu'à admettre l'exécution forcée intégrale contre les

117. «Il n'y a aucune raison qui milite en faveur de l'insaisissabilité d'un bien qui sert à un organisme ou corporation publics dans le cours normal de l'exécution de sa mission. Au contraire, la menace de saisie peut avoir un effet heureux pour discipliner des administrateurs imprudents ou négligents; c'est la du reste une mesure d'équité pour les créanciers et il n'y a aucune raison de les en frustrer» (Garant et Leclerc, 1979, p. 521).

autorités étatiques[118]. Même aux Pays-Bas, où l'État ne jouit pas du privilège de l'immunité, «certains biens ont été jugés d'une essence trop particulièrement publique pour pouvoir être l'objet de voies d'exécution de droit commun» (Paques, 1983, p. 434). En général, les possibilités de coercition reconnues aux tribunaux n'offrent qu'un caractère indirect, l'immunité restant la règle. Dans la mesure où les avantages et les inconvénients de cette dernière n'ont pas été directement évalués, il faut donc poursuivre notre réflexion sans esquiver cette question fondamentale. Par le biais d'une problématique, il faut tenter de déterminer si les règles du droit privé en matière d'exécution forcée peuvent s'appliquer à l'ensemble de l'Administration fédérale, ou s'il n'y a pas lieu de rechercher une meilleure adaptation à la nature spéciale des activités administratives. Moyennant cette démarche préliminaire, certaines modalités concrètes de changement pourront être dégagées.

I. *Essai de problématique*

Même si cette démarche peut sembler attentatoire à la dignité de l'État, il faut envisager l'hypothèse d'un assujettissement de l'ensemble de l'Administration fédérale aux règles ordinaires de l'exécution forcée. Généralement, on trouve choquant qu'une décision de justice puisse faire l'objet d'une exécution forcée contre la puissance publique (Paques, 1983, p. 434). N'est-il pas «contre nature» d'autoriser des saisies ou le prononcé d'un séquestre contre les biens de l'État[119]? Il existe pourtant en droit administratif un courant égalitaire qui favorise cette approche, la spécificité de l'Administration n'apparaissant plus aussi convaincante qu'autrefois. Il faut cependant constater que le radicalisme de cette solution n'est, par effet de miroir, que l'image inversée de l'immunité actuelle. Le globalisme excessif de ces deux régimes gomme le pluralisme intrinsèque de toute Administration moderne. La nature diversifiée des

118. Des assouplissements à la rigueur du principe n'en ont pas moins été introduits dans quelques systèmes. En Italie, par exemple, une distinction a été apportée par le Code civil entre le «domaine» (*demanio*) et le «patrimoine» (*patrimonio*) pour les biens appartenant à l'État, aux provinces et aux communes. Alors que le domaine reste inaliénable et insaisissable, le patrimoine se subdivise entre «patrimoine indisponible» et «patrimoine disponible». Le patrimoine indisponible représente des biens qui ne peuvent être soustraits à leur destination (barrages, ponts, routes, édifices publics, etc.), et qui de ce fait, restent insaisissables. A contrario, le patrimoine disponible, tels les revenus de l'État (intérêts de capitaux, loyers d'immeuble, redevances), peut faire l'objet de mesures d'exécution forcée. En droit allemand, on trouve une distinction semblable. Le Code de procédure civile de la R.F.A. distingue entre «patrimoine administratif» et «patrimoine financier» (c'est la fameuse théorie du «Fiskus» tirée du droit de l'Antiquité). Pour ce dernier, il faut comprendre que l'État n'agit pas en qualité de puissance publique en participant aux relations juridiques de droit privé (*allgemeiner Rechtsverkehr*). Alors que la première catégorie englobe des biens essentiels pour l'accomplissement des missions de service public, la seconde est composée de biens gérés en vue d'obtenir des revenus. Tant pour les autorités fédérales que pour les Länder, cette dernière catégorie est susceptible d'exécution forcée, alors que la première bénéficie d'une immunité complète. En droit anglo-saxon, une distinction de cette nature n'est valable que pour les autorités locales (municipalités et commissions scolaires par exemple) avec la traditionnelle dichotomie domaine public/domaine privé.

119. «L'assujettissement de l'Administration publique au régime général d'exécution forcée sur certains biens demeure impensable à cause du principe de l'inaliénabilité du domaine public affecté au bénéfice de la collectivité. Parce que les biens de l'État appartiennent en réalité à cette dernière, on ne peut sacrifier l'intérêt public et le bon fonctionnement des services essentiels à la satisfaction de l'intérêt d'un seul individu» (Garant, 1985a, p. 968).

activités administratives commande une approche différentielle susceptible de concilier au maximum l'accroissement des droits et garanties des administrés avec le bon fonctionnement des services publics.

A. Les écueils de la tendance égalitaire

Encore assez diffuse au sein de la doctrine, la tendance égalitaire reflète l'évolution suivie par l'Administration depuis quelques décennies. Dans les pays occidentaux, cette période a été caractérisée par une immixtion de l'État dans des activités traditionnellement réservées au secteur privé. Du même coup, la spécificité des activités administratives est apparue beaucoup plus relative qu'auparavant. En l'état actuel du droit, il serait pour le moins hasardeux d'établir une distinction rigide entre toutes les activités humaines selon leur finalité publique ou privée. Peu nombreuses seraient celles qui, «par nature», relèveraient du secteur public ou du secteur privé. Puisque les cartes sont ainsi brouillées et les anciennes distinctions de plus en plus relatives, l'application de règles de droit privé aux autorités administratives apparaît comme une hypothèse plausible.

En droit américain, Ripple (1971) a critiqué dans cette veine l'application de la théorie de la *Sovereign Immunity*[120], laquelle permettait aux États étrangers de bénéficier avant 1976 d'une immunité complète en matière d'exécution. Le développement du commerce international n'était guère compatible avec le maintien d'une telle immunité puisque le droit public américain permettait aux gouvernements étrangers de se soustraire à leurs obligations commerciales. Il en résultait une absence de garanties et des injustices préjudiciables aux intérêts de plusieurs commerçants américains. Il en concluait que [TRADUCTION] «il n'en paraît pas moins souhaitable que lorsqu'un État étranger présente toutes les caractéristiques d'une personne privée, ses obligations commerciales devraient être susceptibles d'exécution devant les tribunaux américains[121]».

Même si cette approche ne propose pas de soumettre l'ensemble de l'Administration aux règles du droit privé, elle n'en rompt pas moins avec la tradition en laissant entrevoir un régime égalitaire pour des activités semblables à celles du secteur privé. Lorsque l'État se livre à des activités de nature industrielle et commerciale, il ne faut pas s'étonner que des voix se fassent entendre pour qu'il y ait égalité des chances. De là à concevoir un régime purement égalitaire pour l'ensemble des activités administratives, il n'y a qu'un pas à franchir car il existe en droit contemporain un courant idéologique qui vise à banaliser l'Administration. Dépouillée de ses attributs de Couronne ou de puissance publique, elle ne serait plus qu'un débiteur ordinaire. Déjà, en 1949, dans le cas précis de l'exécution des jugements, Street s'était montré favorable à une extension du droit privé à l'État (1949, p. 47). En 1936, dans un rapport

120. Sur cette notion, voir *supra*, p. 54.

121. *Id.*, p. 382. Pour appuyer cette position, il évoque le raisonnement suivi en 1824 par la Cour suprême dans l'arrêt *Bank of United States* v. *Planter's Bank of Georgia* :

> [TRADUCTION]
> Lorsqu'un État s'associe à une société commerciale, nous pouvons affirmer, à titre de principe, qu'il se départit, en ce qui a trait aux transactions conclues par cette société, de son caractère souverain pour revêtir celui d'un simple citoyen. Au lieu de transmettre à la société ses privilèges et prérogatives, il descend au niveau de ceux auxquels il s'associe et prend le caractère que présentent ses associés, de même qu'il s'associe à la nature commerciale des transactions.

minoritaire d'un comité de l'Association du Barreau Canadien, il était suggéré que [TRADUCTION] «la façon la plus simple de favoriser l'exécution des jugements rendus contre la Couronne consiste à en permettre l'exécution forcée[122]». Cette généralisation n'ayant pas été acceptée, et même d'ailleurs carrément repoussée pour la rédaction des *Crown Proceedings Acts* (voir *supra*, notes 4 et 5), Street suggère que [TRADUCTION] «certains biens employés dans l'exercice de fonctions administratives d'importance relativement mineure pourraient être visés par les voies d'exécution sans que l'intérêt public n'en souffre véritablement» (1949, p. 42). Même admise partiellement, la possibilité de l'exécution forcée directe contre des biens de l'Administration n'en reste pas moins une hypothèse plausible. Même en France, où on aurait pu présumer insurmontable le mythe de la puissance publique, Tercinet a estimé que l'hypothèse d'un mauvais vouloir de l'Administration «ne pourrait être réellement vaincu(e) que par la reconnaissance de voies d'exécution contre les personnes publiques[123]».

Cette tendance égalitaire, la jurisprudence canadienne la recèle confusément. En effet, des voies d'exécution forcée ont été admises contre des organismes qui ne peuvent se prévaloir de la qualité de mandataire de la Couronne, ou, malgré la reconnaissance de cette qualité, ne peuvent pour d'autres motifs revendiquer l'un des privilèges normalement reconnus à la Couronne[124]. Même si les tribunaux appliquent correctement le droit en déterminant la nature du statut juridique de l'organisme en

---

122. *Report of the Committee on Provincial Legislation and Law Reform*, 1936. Rapporté par Street, 1949, p. 41.

123. 1981, p. 13. Pour les établissements publics industriels et commerciaux, certaines difficultés d'application de la loi du 16 juillet 1980 motivent Delvolvé à reconnaître «la nécessité d'admettre contre eux les voies d'exécution du droit commun dans les mêmes conditions qu'à l'encontre des personnes privées» (1983-84, p. 134). Le juge judiciaire français partage ce point de vue comme en témoigne une affaire récente où l'exécution forcée par saisie-arrêt a été admise contre des fonds détenus par la S.N.C.F. : C.A. de Paris 11 juillet 1984, *S.N.C.F.* c. *Groupement régional des A.S.S.E.D.I.C. de la région parisienne*, *D.* 1985, 174.

124. Une poursuite fondée sur l'inconstitutionnalité d'une loi pourrait éventuellement servir d'argument pour l'admission d'une voie d'exécution contre un organisme public car l'application des privilèges et immunités de la Couronne dépend évidemment de sa validité. Dans l'affaire *B.C. Power Ltd.* v. *Attorney General of British Columbia*, la Cour suprême a autorisé la nomination d'un séquestre pour administrer les biens d'une compagnie privée, la B.C. Electric Company. Cette mesure avait pour effet d'affecter les intérêts pécuniaires de la Couronne puisque celle-ci prétendait avoir des droits sur les actions et biens de cette compagnie par suite d'un processus de nationalisation. Comme le litige principal portait sur la constitutionnalité des lois de nationalisation, l'ordonnance de séquestre faisait donc figure de mesure provisoire applicable à toutes les parties au litige, Couronne incluse. Toutefois, à la lumière de ces faits, l'immunité d'exécution ne semble pas réellement menacée pour deux raisons : (1) L'ordonnance de séquestre ne visait pas des biens appartenant directement à la Couronne, mais en réalité des biens privés sur lesquels cette dernière prétendait avoir un droit. (2) Se fonder sur l'inconstitutionnalité d'une loi pour vaincre l'immunité d'exécution représente un chemin pour le moins tortueux et d'application limitée. L'affaire *Amax Potash* en est un bon exemple. Dans l'attente d'une décision sur la validité constitutionnelle d'une loi à caractère fiscal, une demande en vue d'une ordonnance de conservation provisoire dirigée directement contre le Gouvernement de la Saskatchewan a été rejetée. Dans l'hypothèse d'une réponse favorable, le tribunal craignait d'avoir ainsi à se prononcer sur le fond du litige principal ...

La jurisprudence récente de la Cour suprême peut favoriser l'avènement de solutions restrictives quant à l'utilisation de l'immunité d'exécution. En se fondant sur l'affaire *Eldorado*, il est possible que des mandataires de la Couronne ne puissent se prévaloir de l'immunité d'exécution parce qu'ils commettent des actes illégaux ou n'agissent pas dans le cadre des fins reconnues par la loi. Tout ceci n'en reste pas moins hypothétique, comme le montre précisément l'affaire *Eldorado* où la notion de légalité a été interprétée de façon très libérale.

litige, leur interprétation conduit néanmoins à des résultats surprenants qui invitent à réfléchir sur les conséquences d'une réforme égalitaire. Si cette approche était retenue, des biens essentiels à la collectivité pourraient être saisis, comme le montre une étonnante jurisprudence concernant les hôpitaux. Même si la notion d'intérêt public attachée à un hôpital est traditionnelle en common law, l'immunité dont jouit ce genre d'institution contre les moyens d'exécution forcée n'est que très relative. Ainsi en a décidé la Cour suprême dans l'importante décision *Westeel-Rosco*. Ce tribunal a accueilli favorablement une action en paiement fondée sur un privilège de constructeur. En précisant que le Conseil d'administration du centre hospitalier n'est pas un mandataire de la Couronne, les juges ont admis qu'un privilège puisse donner ouverture à un prélèvement sur un fonds spécial détenu par le centre hospitalier. Le juge Ritchie n'en a pas moins ajouté que «toute vente des biens de l'hôpital serait «clairement contraire à l'intérêt public et doit être interdite»»(p. 245). Et ce magistrat de conclure «que l'ultime recours pour l'exercice du privilège des constructeurs et fournisseurs de matériaux est de se payer à même les produits de la vente de l'immeuble» (*Ibid.*). En admettant qu'un privilège puisse être satisfait sur des sommes d'argent détenues par l'hôpital ou par le recours à la vente forcée, cet arrêt reconnait en définitive le principe de l'exécution forcée contre une institution de cette nature, sans toutefois en accepter toutes les implications, notamment celle de la saisie. Les barrières nées du critère de l'intérêt public peuvent donc reculer vers des solutions qui semblent justement en méconnaître la vraie signification. Normalement, un hôpital devrait pouvoir échapper à l'exécution forcée compte tenu du caractère éminemment social de sa fonction. Pourtant, la Cour d'Appel du Manitoba en avait déjà décidé ainsi en déclarant dans l'affaire *Re Shields and City of Winnipeg* que les rues et trottoirs de la ville de Winnipeg ne pouvaient faire l'objet d'aucun privilège de constructeurs, notamment en invoquant «l'intérêt public» et «le droit primordial du public».

Quoi qu'il en soit, l'arrêt *Westeel-Rosco* confirme et renforce un courant jurisprudentiel qui ne tient pas suffisamment compte de la destination d'intérêt général de biens relevant du domaine public. Plusieurs arrêts récents en témoignent. En 1981, la Cour d'appel du Québec a accepté qu'une «maison d'école», propriété d'une Commission scolaire, puisse être grevée d'un privilège de fournisseur de matériaux :

> [TRADUCTION]
> Dans le contexte actuel, où les autorités publiques interviennent de plus en plus dans des champs d'activité qui étaient naguère considérés comme relevant du domaine privé et commercial, on a tendance à restreindre plutôt qu'à élargir les immunités dont bénéficient la Couronne et le domaine public. (*Alain Lavoie Ltée* c. *Léo Lisi Ltée*, p. 297)

Ce rapprochement de l'Éducation avec les activités de nature industrielle et commerciale est pour le moins étonnant, à moins de prétendre que l'école est devenue un supermarché de denrées éducatives...[125] Une affaire récente (*West Island Plumberie et Chauffage Ltée* c. *Volcano Inc.*) concernant le statut du Centre hospitalier de Gatineau, est plus contestable. Non seulement le privilège du fournisseur de matériaux

125. Il ne sert à rien de blâmer ce tribunal puisque la *Loi sur l'Éducation* ne lui laissait guère d'autre issue.

a été admis contre cet hôpital, mais il a été décidé également que ce dernier ne bénéficiait pas de l'exemption de saisie prévue à l'article 1980 du *Code civil*[126].

En reliant ces affaires à d'autres décisions similaires, le droit actuel apparaît incohérent. Malgré l'apparence d'une certaine unité quant aux méthodes utilisées pour déterminer le statut de mandataire de la Couronne, les solutions retenues ne le sont pas si on les compare les unes aux autres. Que penser de certains arrêts où des organismes engagés dans des activités commerciales (*Crown business*) se sont vus reconnaître une immunité complète? Ce fut notamment le cas en Saskatchewan pour un organisme qui se consacrait au commerce des assurances (*Saskatchewan Government Insurance Office*). Et comment pourrait-il en être autrement puisque le droit actuel fonctionne principalement sur des critères formels et non pas sur des critères matériels fondés sur la nature des activités administratives?

La volonté de contrôler plus étroitement les privilèges de la Couronne n'aboutit pas forcément à des résultats heureux. Une approche de ce type laisse entrevoir ce que peut offrir une tendance égalitaire qui ne tient aucun compte d'activités administratives qui, par leur objet ou leur destination, échappent manifestement à l'univers du droit privé (voir Canada, CRDC, 1985, p. 62). Visiblement, une certaine adaptation à la nature des activités administratives s'impose pour coller davantage à la réalité.

B. L'adaptation à la nature des activités administratives

De cet examen critique de l'approche égalitaire, il ressort que certaines activités administratives peuvent faire l'objet de moyens d'exécution sans que l'intérêt public en soit compromis. Si l'État exploite des stations d'essence et des casinos, s'occupe de prospection minière, se livre à la commercialisation de l'alcool et organise des loteries, il faut désormais parler d'activités commerciales et industrielles de nature administrative. Dans le cadre de ces activités, il n'est pas toujours facile de distinguer clairement ce qui relève de l'intérêt public ou de l'intérêt privé[127]. Même si cette frontière est difficile à fixer avec précision, il n'en existe pas moins toute une série d'activités administratives dont le caractère industriel ou commercial ne fait aucun doute. À la traditionnelle classification de type organique et formel, il est donc possible d'en opposer une autre, fondée essentiellement sur un critère matériel : la nature de l'activité administrative, ce

126. Pour en arriver à ce résultat, le juge ne s'est pas directement prononcé sur «le point de savoir si cet organisme est un mandataire de la Couronne». Il s'est borné à constater que pour les travaux de construction, il n'est pas soumis au contrôle du Gouvernement, si bien qu'il agit comme une simple «corporation ordinaire» et devient dès lors assujetti aux règles du droit privé. Par une analyse littérale des textes, des mandataires de la Couronne peuvent ainsi perdre certaines immunités traditionnelles sans que le juge prenne spécialement en considération la finalité de leur mission. Cette interprétation semble trop étroite car elle ne tient aucunement compte de l'intérêt public qui s'attache aux biens d'un hôpital, lesquels sont essentiels à la collectivité.

127. «Si l'on ne voit pas immédiatement pourquoi l'État pourrait continuer à bénéficier du privilège [de non-exécution forcée] quand il se livre à des activités de particulier, il faut pourtant bien reconnaître que la frontière de l'intérêt public, jadis limité aux prérogatives classiques de l'État, a glissé de façon telle que la notion englobe aujourd'hui l'aide aux entreprises et parfois la compétition commerciale» (Paques, 1983, p. 435).

qui fait appel à la fin, au but et à l'objet. Il faut chercher à vérifier si une telle distinction est possible en droit public canadien, et dans l'affirmative, selon quel type de critères.

1. La recherche d'une distinction finaliste

En son état actuel, le droit administratif n'offre aucune distinction explicite entre commercial et public lorsqu'il s'agit de passer en revue les divers services de l'Administration. Dans l'ensemble, l'idée de finalité n'a pas réussi à s'imposer à l'attention du juge et du législateur, l'attitude du premier ayant été finalement conditionnée par l'incohérence du second. C'est la distinction «Administration associée en tout ou en partie à la Couronne/Administration qui n'est pas la Couronne» qui prévaut dans une optique purement institutionnelle, laquelle obéit à une autre logique en ne tenant pas compte, ou fort peu, de la finalité des activités administratives. Dans une perspective historique, ce sont les critères de contrôle qui ont fini par supplanter les critères de finalité dans l'identification des mandataires de la Couronne[128].

Certains changements commencent toutefois à se manifester. C'est ainsi que dans la récente *Loi modifiant la Loi sur l'administration financière à l'égard des sociétés d'État*, le législateur a introduit une distinction qui tient compte de la nature des activités administratives. Comme nous l'avons déjà signalé dans le document de travail nº 40 (Canada, CRDC, 1985, p. 57), nous sommes désormais en mesure de comprendre qu'une distinction a été introduite entre les activités de nature industrielle et commerciale («Sociétés d'État») et celles purement administratives («Établissements publics»). Il faut également reconnaître que la distinction public/privé est largement consacrée dans le domaine des collectivités locales (Hutchins et Kenniff, 1971), ce qui laisse entrevoir une alternative au régime actuel.

Aux États-Unis, dans plusieurs États, le droit des *local entities* offre également un régime dualiste. Le domaine privé est susceptible de faire l'objet de moyens d'exécution forcée si aucune finalité d'intérêt public ne peut être invoquée[129]. L'évolution récente du droit américain tend malheureusement à montrer que ce type de distinction est graduellement abandonné au profit d'une immunité complète pour tous les biens, peu importe leur destination (voir *supra*, p. 59, l'exemple de la Californie). Au Canada, le

---

128. Pour une analyse de cette évolution, voir notamment Garant et Leclerc, 1979, p. 493. Comme ces auteurs le montrent bien, l'échec du «critère des fonctions» découle de divergences croissantes entre l'appréciation du juge et les choix purement politiques du législateur : «[Le critère des fonctions] est difficilement conciliable avec le fait que le législateur ait intentionnellement qualifié d'agent de la Couronne certaines institutions analogues à celles auxquelles les tribunaux ont précisément refusé cette qualité» (*Id.*, p. 498). Cette impasse n'est peut-être que provisoire dans la mesure où le critère dit «des contrôles» se solde par un échec tout aussi retentissant en ne tenant aucunement compte de la nature des activités administratives.

129. En Louisiane, par exemple, avant la modification constitutionnelle de 1960, [TRADUCTION] «les tribunaux distinguaient, parmi les biens appartenant à des autorités locales, ceux qui faisaient partie du domaine public et ceux qui faisaient partie du domaine privé, selon l'usage qui en était fait» (Patrick III, 1977, p. 983). Cette conception finaliste avait pour effet de relativiser l'immunité d'exécution. [TRADUCTION] «Comme ils n'étaient utilisés à aucune fin publique, les biens faisant partie du domaine privé étaient souvent considérés comme saisissables et vendus pour satisfaire aux dettes de l'administration locale» (*Ibid.*). Par contre, le domaine public échappait aux règles de l'exécution forcée. Par exemple, [TRADUCTION] «les ouvrages hydrauliques, les palais de justice, les prisons, les taxes et les écoles échappaient à la saisie, puisqu'ils étaient employés à des fins publiques» (*Ibid.*).

principe de la dualité domaniale est encore valable en matière municipale (Hutchins et Kenniff, 1971) et nul doute qu'il y aurait intérêt à s'en inspirer. Toutefois, la prudence est de rigueur. Non seulement le principe de la dualité domaniale ne s'applique pas aux biens de l'État (Brière, 1969, p. 340; Dussault, 1974, p. 467), mais également, il faut bien reconnaître que la division entre domaine public et privé ne colle pas forcément avec les activités dites «purement administratives» et celles orientées vers le profit. Ces deux théories obéissent manifestement à des logiques distinctes, la première étant nettement orientée vers le domaine et le régime de propriété. Malgré ces différences, la théorie de la dualité domaniale n'en contribue pas moins à faire accepter l'idée d'une distinction fondée sur la finalité des activités administratives.

Bien davantage que tout ce qui précède, l'adoption par le Parlement canadien de la *Loi sur l'immunité des États* est d'une importance décisive pour la reconnaissance d'une distinction fonctionnelle. À son article 5, cette loi dispose très simplement que :

> L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions qui portent sur ses activités commerciales.

Comme le signale Turp, cette loi «répond aux impérieux besoins de l'univers commercial contemporain» (1982-83, p. 176). L'expansion des activités commerciales de l'État sur la scène internationale rendait inique le maintien du principe de l'immunité pour les personnes privées engagées dans des transactions avec diverses autorités étatiques. Un peu partout, ce sont «ces nouveaux impératifs qui ont guidé les législateurs nationaux vers des solutions tendant à restreindre l'immunité des États pour leurs activités commerciales et à la réduire, comme à ses origines, aux authentiques actes de puissance publique» (*Ibid.*). Au Canada, comme d'ailleurs en Grande-Bretagne[130] et aux États-Unis[131], les États étrangers ne bénéficient plus de l'immunité d'exécution pour leurs biens engagés dans des activités de nature commerciale (Par. 11(1)). Une opposition se dégage ainsi entre l'acte d'*imperium* et l'acte de gestion accompli à des fins lucratives. Cette distinction est identique à celle qui pourrait éventuellement être reconnue en droit public interne entre activités purement administratives et activités de nature industrielle et commerciale.

Divisée entre les tenants de l'immunité relative et de l'immunité absolue pour le statut des États étrangers, la jurisprudence anglo-canadienne ne s'est pas prononcée clairement sur l'opportunité d'introduire cette distinction en droit public canadien[132].

---

130. C'est le *State Immunity Act* de 1978. Voir Delaume, 1979.

131. Il s'agit du *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976. Voir à ce sujet von Mehren, 1978.

132. L'affaire *La République démocratique du Congo* c. *Venne* reste marquée par la forte dissidence du juge Laskin qui a pris position en faveur de l'immunité relative. Voir également *Ferranti-Packard Ltd.* v. *Cushman Rentals Ltd.*; *Corriveau* v. *Republic of Cuba*. L'affaire *R.* c. *Eldorado* peut même être interprétée comme un rejet de l'immunité relative. Le juge Dickson y fait observer que ...

> plus le gouvernement intervient dans les activités que l'on considérait autrefois réservées au secteur privé, plus il est difficile de comprendre pourquoi l'État doit être ou devrait être dans une situation différente de celle des citoyens. Cependant, il n'appartient pas à cette Cour de mettre en question le concept fondamental de l'immunité de l'État, puisque le Parlement a adopté d'une manière non équivoque le principe que l'État jouit à première vue de l'immunité. La Cour doit mettre à exécution la directive légale portant que l'État n'est pas lié à moins que ce ne soit «mentionné ou prévu» dans la loi. (p. 558)

Sans faire allusion à la théorie de l'immunité, la Cour d'appel de l'Ontario a déjà refusé à la Société Radio-Canada le droit de se prévaloir de sa qualité de mandataire de la Couronne sous prétexte qu'il s'agissait d'activités commerciales : *Baton Broadcasting Ltd.* v. *C.B.C.*.

Suite à un jugement récent de sa Cour d'appel, *Sparling* c. *Caisse de dépôt et placement du Québec*, le Québec se démarque de nouveau de la tendance générale en acceptant pour les fins du droit public interne la théorie de l'immunité relative qui prévaut en droit international[133]. Dans ses observations, le juge Tyndale rappelle que [TRADUCTION] «lorsque le Souverain met de côté sa couronne, si l'on peut s'exprimer ainsi, et devient un concurrent commercial, ses droits, prérogatives et immunités demeurent rattachés à la Couronne et il est dès lors assujetti au régime général comme ses concurrents» (p. 169). Il ajoute un peu plus loin que [TRADUCTION] «ce principe a généralement été appliqué aux États étrangers dans des affaires relevant du droit international, et non au Souverain ou à la Couronne en droit public interne» (*Ibid.*). Il n'en conclut pas moins (p. 170) que

> [TRADUCTION]
> le principe de l'immunité relative ou restreinte des États étrangers, en s'appuyant sur certaines autorités [la Cour d'appel fait référence à sa propre jurisprudence[134] et à certains auteurs], fait maintenant partie de notre droit public interne ... L'adoption de l'immunité relative [*jure imperii* v. *jure gestionis*] se justifie en partie par l'expansion des activités des organismes publics étrangers et leur participation à la vie commerciale[135].

Quoiqu'il en soit de son avenir en droit public interne, cette distinction entre le public et le commercial tend désormais à se généraliser à l'échelle internationale. Par rapport à ses partenaires commerciaux, notamment ceux originaires de Grande-Bretagne et des États-Unis, l'État canadien ne dispose plus de l'immunité d'exécution pour ses activités de nature commerciale. Inversement, les États étrangers signataires d'une convention de réciprocité sont soumis au même régime en territoire canadien. La généralisation de cette distinction laisse clairement entrevoir l'inéluctabilité de sa transposition en droit public interne. Pour des impératifs de cohérence et de simplicité, elle s'impose comme la solution de l'avenir. Les tribunaux canadiens seraient en mesure d'appliquer le même traitement aux activités commerciales de l'État, peu importe qu'elles se situent dans une perspective internationale ou purement interne. Cette solution est inévitable puisque l'expansion de multiples activités commerciales à l'échelle planétaire rend pour le moins illusoire leur confinement à un seul État. À plus forte raison dans le cas du Canada, l'intensité de ses relations commerciales avec les États-Unis, le Japon et la CEE ne peut que favoriser l'avènement d'un régime uniforme et cohérent.

Pour toutes ces raisons, *nous proposons que les autorités fédérales, notamment le Gouvernement et l'Administration, ne jouissent plus d'aucune immunité en matière d'exécution pour leurs activités de nature industrielle et commerciale. Pour les activités administratives plus proches de la conception traditionnelle du jure imperii* (fonction prestataire, fonction de planification, fonction de réglementation, fonction de police et

---

133. C'est la Cour d'appel du Québec qui a été la première à rejeter la théorie de l'immunité absolue pour les États étrangers en la jugeant «dépassée et inacceptable» : *La République démocratique du Congo* c. *Venne*, p. 827 (B.R.).

134. *La République démocratique du Congo* c. *Venne*; *Zodiak International Products Inc.* c. *Polish People's Republic*.

135. Il poursuit en ajoutant : [TRADUCTION] «À mon avis, ces motifs s'appliquent avec une pertinence tout aussi grande, sinon même supérieure, à l'immunité de la Couronne au Canada. Je reprendrais le raisonnement implicite suivi par cette Cour dans l'affaire *Zodiac* et exprimerais l'opinion que la Couronne ne jouit pas de l'immunité prévue par l'article 16 à l'égard de l'application de la loi si son mandataire agit *jure gestionis* plutôt que *jure imperii*» (p. 170).

de contrôle, etc.), *l'immunité resterait la règle pour tenir compte de leur finalité d'intérêt public* (Garant et Leclerc, 1979, p. 496). Si cette distinction entre l'administratif et le commercial est relativement facile à conceptualiser (il suffit de penser à l'idée de profit), il n'en faut pas moins préciser certains critères de différenciation.

2. Les critères de différenciation

Dans la perspective d'un régime différencié où les activités industrielles et commerciales de l'État seraient soumises aux règles ordinaires du droit privé pour les voies d'exécution forcée, il faut surtout éviter de croire qu'il existe des activités qui, par nature, relèvent de l'État, et d'autres, du secteur privé. Il est inutile de céder à cette illusion là où le droit administratif français n'a connu que des déboires avec la théorie du service public par nature (Vedel et Delvolvé, 1982, p. 134). Les points d'interférence entre secteur public et privé sont en réalité complexes et subtils. Quoi qu'il en soit, ce relativisme ne peut constituer un obstacle en vue de rationaliser davantage le droit et les activités administratives. Loin d'être un phénomène unitaire, l'État est multiple en ses diverses manifestations (Friedmann, 1971). Sur le plan administratif, différents services matérialisent différents intérêts. C'est ainsi qu'il existe des activités administratives orientées principalement vers le profit ou vers des fins industrielles, tandis que d'autres se situent dans la perspective traditionnelle des missions de service public. Plutôt que de chercher à vérifier si une activité quelconque relève normalement du secteur privé, il faut de préférence identifier sur une base plus neutre son caractère industriel et commercial. Pour atteindre cette fin, il faut recourir à des critères de type matériel.

Sur ce point, la *Loi sur l'immunité des États* ne propose aucune définition qui puisse venir en aide. En effet, une «activité commerciale» y est définie à l'article 2 comme étant «toute poursuite normale d'une activité ainsi que tout acte isolé qui revêtent un caractère commercial de par leur nature». Visiblement, le législateur a préféré s'en remettre à l'appréciation du juge. Comme nous venons de le voir, ce dernier a joué un rôle actif en cherchant à restreindre la portée de l'immunité aux activités «hors commerce» (*Acta gestionis* v. *Acta imperii*)[136]. Pour l'application de cette loi, il est donc en terrain familier. Il en serait de même pour d'éventuelles modifications concernant les règles d'exécution contre l'État. Le juge pourrait continuer de jouer un rôle positif en contribuant à systématiser et à clarifier ce qu'il faut entendre par activités administratives de nature industrielle et commerciale. Sans vouloir présumer de son appréciation, il est permis de croire qu'il n'existe pas de critère unique en la matière. L'identification des activités de nature industrielle et çommerciale ne peut que résulter d'un faisceau d'indices. En voici des exemples :

— *Les intentions du législateur* : C'est la technique traditionnelle de l'analyse littérale de la loi, notamment pour identifier la nature des missions confiées à l'Administration. Dans ce domaine, la prudence est de rigueur car le législateur utilise souvent des formules liées à l'intérêt général pour couvrir des interventions fondées principalement sur les intérêts pécuniaires de l'État. La *Loi sur la Société Pétro-Canada* en est un bon exemple.

---

136. Sur les controverses qui ont marqué l'introduction de cette distinction, voir Kos-Rabcewicz-Zubkowski, 1974; Simmonds, 1965.

— *La recherche du profit* : L'État se trouve engagé dans une activité où ses intérêts pécuniaires sont prépondérants, notamment pour l'obtention de gains financiers par des mécanismes semblables ou comparables à ceux du secteur privé. C'est la fonction capitaliste de l'État, le critère d'identification relevant ici du but ou de la fin (dimension téléologique).

— *Le recours à des actes de commerce* : Le mode normal de fonctionnement d'un service à vocation industrielle et commerciale requiert à grande échelle l'accomplissement d'actes de commerce. C'est un indice sérieux pour identifier une activité qui n'est pas purement administrative.

— *L'objet des activités* : Il s'agit de déterminer si l'activité en question représente un service à la collectivité ou n'est tout simplement que la manifestation «d'intérêts privés» propres à l'État. Même s'il implique un fonctionnement de type commercial et la recherche du profit, le service des Postes ne peut être rangé dans les activités de nature industrielle et commerciale car il représente un service à la collectivité que l'État tente de rentabiliser pour des fins de bonne gestion. Par contre, la commercialisation du poisson par des entreprises publiques, ou encore, l'exploitation d'un système de loterie, ne représentent pas, à première vue, des services rendus à la collectivité.

Cette distinction entre l'administratif et le commercial n'est pas une panacée, d'autant plus que certaines difficultés d'interprétation surgiront inévitablement. En l'état actuel du droit, et compte tenu de l'évolution du monde contemporain, cette distinction n'en reste pas moins la meilleure solution. Elle est en définitive nettement supérieure aux catégories traditionnelles fondées sur l'appartenance de l'organisme au statut juridique de la Couronne. Toute comme le juge était libre d'apprécier la qualité de mandataire de la Couronne, il devrait également pouvoir conserver cette faculté d'appréciation pour identifier ce qui est de nature commerciale et industrielle dans les activités administratives. Il ressort que seule une distinction de cette nature est susceptible de refléter avec justesse la dimension réelle de l'État contemporain. Elle serait particulièrement féconde pour favoriser l'apparition d'un régime immunitaire mieux adapté à la nature véritable des activités administratives. Dans le document de travail n° 40, la Commission avait laissé entendre que le droit privé pourrait éventuellement s'appliquer à l'Administration, si bien sûr, le contexte y était favorable. Après identification par le juge du caractère industriel et commercial de l'activité litigieuse, rien ne devrait faire obstacle à l'application des voies ordinaires de l'exécution forcée contre l'Administration fédérale.

II. *La reconnaissance d'un droit à l'exécution*

L'admission d'une différenciation en matière d'activités administratives permet de solutionner une partie du problème. Pour les activités de nature industrielle et commerciale, l'exécution forcée serait admise sans partage contre l'Administration. Par contre, pour les activités de nature purement administrative, le problème reste entier. Non seulement la reconnaissance du droit à l'exécution semble peu compatible avec la finalité et la nature de ces activités dites d'intérêt général, mais en plus, elle risque de méconnaître le fait que de telles activités font généralement appel à des règles spéciales

de droit public. Tant par leur fonction que par leur régime, elles s'éloignent considérablement de l'univers «normal» du droit privé. Cette situation spéciale rend donc vraisemblable la création d'un régime distinct.

Tout en étant conscient de la prépondérance du droit public dans le fonctionnement de l'Administration, il faut cesser de recourir à une argumentation de ce type pour évacuer péremptoirement toute possibilité de changement. Les administrés ont droit à la reconnaissance de moyens tangibles pour éviter la négation de droits péniblement acquis. Tout consiste à forcer l'Administration à respecter l'autorité de chose jugée sans pour autant la contraindre par les voies normales de l'exécution forcée. Seul l'examen de solutions nouvelles peut contribuer à résoudre ce dilemme.

A. L'inventaire de nouvelles solutions

Pour contrer la négligence ou la mauvaise volonté, il faut inévitablement recourir à des moyens de pression, qu'ils soient directs ou détournés. Dans le cas de l'Administration, ses privilèges, son statut spécial, le poids de la tradition, sans oublier les inhibitions des juristes, peuvent facilement inciter à recourir à divers modes de contrainte indirecte. C'est d'ailleurs la perspective traditionnelle du droit public, les notions de «Couronne» (Grande-Bretagne et Canada), de «Sovereign Immunity» (États-Unis), ou encore de «puissance publique» (France), paraissant exclure d'office toute contrainte directe. Contrairement au droit allemand (voir Eisenberg, 1959), les principes généraux de notre droit public s'opposent à ce que l'autorité judiciaire se substitue directement à l'Administration en édictant un acte administratif ou en ordonnant des travaux. Ces principes, qui sont en fait ceux de la séparation des pouvoirs, ne peuvent cependant faire obstacle à ce que le juge prononce un ordre contre l'autorité administrative[137], sous réserve évidemment, des privilèges que cette dernière peut opposer. L'éventail des possibilités de contrainte est donc plus grand qu'on ne le pense généralement.

1. Les moyens détournés

L'injonction, l'ordre, la sanction pécuniaire, la répression pénale constituent des moyens coercitifs puisqu'une pression matérielle est exercée contre la partie récalcitrante. Pour tenter de ménager la susceptibilité de l'Administration, des impératifs de courtoisie peuvent mener à privilégier la simple incitation ou la contrainte indirecte. De même, une interprétation restrictive du droit actuel («On ne donne pas des ordres à Sa Majesté») pourrait conduire à privilégier une issue de ce type. Des mécanismes de cette nature existent en vue de faciliter le respect de la chose jugée.

Le moins violent de tous est sans nul doute la publication des cas d'inexécution dans un rapport. C'est ainsi que dans son analyse de diverses techniques de conciliation, Harlow est conduite à examiner l'expérience française de la «Commission du Rapport» (1976, p. 128). Avant la réforme de 1980, le nombre relativement élevé de cas d'inexécution avait déjà motivé les autorités françaises à recourir à certaines garanties.

137. Comme nous l'avons vu, l'injonction dirigée contre un mandataire de la Couronne est désormais recevable sous certaines conditions. Voir *supra*, p. 41.

En 1963, une «Commission du Rapport» avait été créée en vue de faire un rapport annuel au nom du Conseil d'État sur les cas d'inexécution[138]. La technique était simple. Il s'agissait d'attirer l'attention générale sur des cas de méconnaissance de la chose jugée en vue de jeter l'opprobre sur l'Administration. Mal connu du public et d'une efficacité sujette à controverses (de Baecque, 1982-83, p. 183), ce mécanisme n'a pas réussi à engendrer une crainte suffisante chez certaines administrations récalcitrantes. Dans le contexte canadien, cette idée de «liste noire» ne présente qu'un intérêt limité puisque la réforme envisagée revêt un caractère préventif et non pas curatif. Les cas d'inexécution pure et simple semblent si peu nombreux que toute publication qui aurait pour objet d'en dresser l'inventaire ne semble pas très utile, du moins a priori. Il ne faut cependant pas négliger l'impact que pourrait avoir au Canada une technique de ce genre dans l'hypothèse où les administrations fautives pourraient être dénoncées devant le Parlement par le Vérificateur général. Pour revenir à l'expérience française, il faut néanmoins souligner que la Commission du Rapport a joué un rôle très positif en recevant un grand nombre de demandes d'éclaircissement ou de bons offices en provenance du public et de l'Administration elle-même. Bien des difficultés ont pu être ainsi résolues sans que le débat n'ait à resurgir sur le terrain contentieux (*Id.*, p. 184). Cette idée d'un arbitre indépendant permet également d'entrevoir d'autres solutions.

À titre d'hypothèse, il serait éventuellement possible de confier à une autorité administrative indépendante le soin de rappeler à l'ordre les administrateurs qui enfreignent l'autorité de chose jugée. Tout naturellement, on pense à une solution du type «Ombudsman». De prime abord, la formule semble séduisante. Cette autorité a pour fonction de faire rapport sur des situations où des administrés ont été lésés par un comportement administratif. Il s'agit d'un contrôle qui ne porte pas uniquement sur la légalité, mais de façon plus informelle sur des actes fautifs ou déraisonnables, lesquels se prêtent mal quelquefois à un contrôle de type juridictionnel. Dans un bilan nettement positif, Garant présente ce contrôle comme «le courrier du cœur des difficultés qu'éprouvent dans leurs relations souvent tendues le couple Administration-administré» (1985, p. 553). Dans le contexte de l'exécution des jugements, ce genre de constat pourrait motiver à reconnaître un rôle plus important à l'Ombudsman. En l'état actuel du droit, il s'agit d'un problème qui ne peut guère être solutionné de façon satisfaisante par les tribunaux. En Grande-Bretagne, [TRADUCTION] «plusieurs cas d'inexécution de jugements rendus par les tribunaux administratifs lui ont déjà été soumis» (Harlow, 1976, p. 132). En France, le Médiateur s'est vu reconnaître par la loi du 24 décembre 1976 le droit «d'enjoindre à l'organisme en cause d'exécuter une décision de justice passée en force de chose jugée» (Vedel et Delvolvé, 1982, p. 728). Mais en cas de refus de la part de l'Administration, le Médiateur ne peut riposter que par la rédaction d'un «rapport spécial»...

Même si les résultats obtenus un peu partout par la création d'un «Ombudsman» se sont révélés très encourageants, cette solution n'en reste pas moins aléatoire dans le cadre de ce document. Il apparaît pour le moins hypothétique de subordonner une

138. Même, 1968; Vedel et Delvolvé, 1982, p. 728. Aux termes du décret nº 85-90 du 24 janvier 1985 (J.O. du 25 janvier 1985, 1043), cette commission est devenue la sixième section du Conseil d'État sous le titre de «section du rapport et des études». Elle a pour fonctions la rédaction du rapport annuel, la poursuite d'études spéciales et le règlement des difficultés d'exécution. Ce changement de statut confirme l'importance du travail accompli par l'ancienne commission. Comme le signale Costa (1985), «ces trois fonctions ... constituent, pour le Conseil, une activité nouvelle, originale, «moderne» car adaptée aux problèmes de fonctionnement, et de dysfonctions, d'une administration toujours plus complexe».

réforme en matière d'exécution à la création de cette institution au niveau fédéral. La réévaluation de l'immunité d'exécution doit rester un processus autonome, non sujet à d'autres réformes complémentaires. Abstraction faite de cette difficulté, est-il réellement possible de se servir de l'Ombudsman pour promouvoir des garanties tangibles en matière d'exécution? On ne peut que s'interroger sur la pertinence d'un contrôle de ce type à la lumière des expériences étrangères et canadiennes. Cette autorité ne possède ni pouvoir juridictionnel ni pouvoir de contrainte matérielle directe à l'égard de l'Administration. Comme le signale Wade, [TRADUCTION] «il ne peut d'aucune manière être considéré comme une juridiction d'appel et il lui est impossible de modifier ou d'annuler une décision administrative. Son efficacité repose exclusivement sur son pouvoir d'attirer l'attention du public et du Parlement sur les doléances des citoyens (1982, p. 74). L'Ombudsman procède essentiellement par voie de recommandations, lesquelles se caractérisent par «l'absence de caractère exécutoire» (Garant, 1985, p. 542). Il est difficile de concevoir que cette autorité puisse résoudre un problème qui nécessite justement le recours à la contrainte directe pour forcer à l'action ou à l'abstention. De plus, un tel pouvoir de contrainte à l'égard de l'Administration, n'est-il pas, par sa portée et sa nature, un pouvoir de type juridictionnel? Par ailleurs, comme il s'agit d'un problème de méconnaissance de l'autorité de chose jugée, pourquoi ne pas laisser aux intéressés, en l'occurrence les juges, des pouvoirs efficaces pour remédier à ce genre de situation?

Parmi d'autres moyens détournés, il est toujours possible d'envisager la responsabilité personnelle des fonctionnaires et administrateurs qui omettent de se conformer à la chose jugée. Par amour-propre, par entêtement, par mauvaise foi, par malice, par intérêt, un agent peut refuser de se conformer à la *res judicata*, ou encore, dénaturer un jugement par une exécution incomplète ou incorrecte. Son attitude peut ainsi causer un préjudice susceptible de donner ouverture à des dommages-intérêts. Encore faut-il qu'il y ait réellement faute grave de sa part, car certains cas d'inexécution ont déjà eu pour seule origine l'ignorance ou la légèreté face à des décisions de justice dont le sens et la portée ont pu paraître incompréhensibles. Bien que les arrêts soient peu nombreux, les droits anglais et canadien admettent depuis fort longtemps ces recours fondés sur la responsabilité personnelle[139]. En effet, [TRADUCTION] «il existe un *tort* désigné par le terme *misfeasance in public office*, qui désigne notamment l'abus de pouvoir délibéré, la mauvaise foi dans la gestion des affaires publiques et sans doute également d'autres actes illégaux causant préjudice» (Wade, 1982, p. 669). L'exemple classique reste évidemment l'affaire *Roncarelli* v. *Duplessis* où l'annulation d'un permis d'alcool relevait de motifs illégaux, de la mauvaise foi et de l'excès de pouvoir. Rien n'exclut que des faits similaires puissent se produire à l'occasion de l'exécution d'un jugement, la mauvaise volonté d'un administrateur pouvant être déterminante. La responsabilité personnelle des administrateurs représente une technique intéressante pour assurer un minimum de conformité aux lois et pour garantir un niveau acceptable de compétence chez les fonctionnaires (Linden, 1973, p. 162).

Sans nier l'intérêt d'un tel recours, il est douteux qu'il puisse constituer une formule satisfaisante. Dans le seul domaine de la recevabilité, il faut presque s'en remettre à la chance pour ne pas buter sur l'une des innombrables immunités dont

139. Pour le droit anglais, voir notamment McBride, 1979, p. 324. Pour le contexte canadien, voir Ouellette, 1975.

jouissent personnellement les fonctionnaires fédéraux[140]. Par ailleurs, la preuve d'un comportement fautif soulève toujours des difficultés supplémentaires dans le contexte administratif, puisque la conduite d'un administrateur peut fort bien être dictée par des impératifs de gestion et d'appréciation discrétionnaire. De plus, il est pour le moins difficile d'envisager la responsabilité personnelle des agents de la Couronne puisque l'immunité actuelle réduit leur devoir de conformité à une simple obligation morale. L'efficacité d'un tel recours reste également incertaine puisqu'il ne vise pas à l'exécution matérielle du jugement, mais simplement à l'obtention d'une compensation monétaire, dont on peut présumer à l'avance la relativité. Pour des raisons qui tiennent à la solvabilité personnelle des fonctionnaires, ce recours risque de ne déboucher sur aucune compensation satisfaisante. Quant à l'opportunité d'un tel recours, sa généralisation laisserait présumer que l'exécution serait simplement fonction de la volonté personnelle des intéressés, alors qu'en réalité, leur attitude reste largement conditionnée par des facteurs externes, telles les règles budgétaires. Le principe de la responsabilité personnelle méconnaît le fonctionnement de l'Administration puisque toute décision importante implique la participation et l'accord de plusieurs niveaux hiérarchiques, rendant ainsi aléatoire l'individualisation de la faute. Dans un contexte fait d'imbrications complexes entre divers services et ministères, il faudrait de préférence rechercher une contrainte plus directe qui aurait pour destinataire l'Administration elle-même.

2. L'intérêt d'une contrainte plus directe

À défaut d'une admission pure et simple des diverses voies d'exécution contre l'ensemble de l'Administration fédérale, d'autres solutions peuvent être envisagées. Il existe plusieurs types de sanctions pour contraindre les autorités publiques. Mais comme les voies d'exécution forcée reposent également sur la contrainte, il faut donc tenter de justifier sur le plan des principes l'utilisation d'un minimum de coercition contre les autorités étatiques.

a) *La légitimité de la contrainte*

Les premières difficultés sont avant tout d'ordre théorique. Vouloir contraindre, n'est-ce pas justement admettre le caractère forcé de l'exécution? Le refus des voies normales de l'exécution forcée se solderait en définitive par l'admission détournée du principe. Les notions de contrainte ou de coercition peuvent toutefois varier considérablement. La sanction, l'amende, l'emprisonnement sont des exemples de moyens coercitifs qui n'appartiennent pas à la panoplie traditionnelle des voies d'exécution forcée. Il est donc manifeste que l'idée de contrainte présente deux sens distincts. À la contrainte directe pour obliger à l'accomplissement d'un acte particulier, s'oppose celle qui résulte d'une punition, laquelle ne fait que sanctionner par une peine civile ou pénale la non-exécution d'un acte ou le non-respect d'un devoir, pour se borner à la seule hypothèse de l'omission. À la contrainte directe fait pendant la

140. Voir Pépin et Ouellette, 1982, p. 521. Ces immunités ont été recensées par Dyke et Mockle dans *Inventaire général des privilèges et immunités de la Couronne et de l'Administration fédérales contenus dans les lois fédérales*, document interne de la CRDC, 1983.

contrainte punitive qui repose sur la sanction. Sur le plan des principes, cette dernière remplit une fonction répressive qui la distingue assez nettement des fins mandatoires de la première. Leur fondement n'est donc pas du même type.

Si des moyens comme l'injonction, les saisies, l'exécution d'office, relèvent à des degrés divers d'une contrainte active de type mandatoire, les sanctions civiles ou pénales se rattachent davantage à la contrainte punitive. La procédure d'outrage au tribunal appartient à cette dernière catégorie puisqu'elle vise à sanctionner une attitude ou une omission de nature à porter atteinte à l'autorité d'un tribunal. L'idée de sanction apparaît en ce sens comme une alternative intéressante puisqu'elle permet d'obtenir indirectement ce qu'on ne peut pas faire directement. Même si l'objectif principal de toute sanction est surtout de nature répressive, ce moyen n'en présente pas moins un caractère dissuasif. Il faut donc éviter de lui attribuer un caractère trop statique qui se résumerait à l'administration d'une peine. La notion de sanction peut jouer un rôle actif sans remettre en cause l'essentiel des principes qui font obstacle à l'utilisation de la contrainte directe contre l'Administration. La sanction intervient principalement dans l'a posteriori et dépasse par sa portée le simple accomplissement d'un acte. Dans la perspective de l'exécution des jugements contre l'Administration, elle constitue une alternative intéressante compte tenu des difficultés que soulève l'abolition complète de l'immunité d'exécution.

Sur le plan des principes, il est donc possible d'admettre que l'ensemble de l'Administration fédérale puisse être soumis à des sanctions (au sens large), ce qui permet d'atténuer encore davantage le maintien partiel de l'immunité d'exécution. Une telle solution présente également l'avantage de ne pas bouleverser certains principes fondamentaux qui régissent les pouvoirs des tribunaux (voir *supra*, p. 14). Par ailleurs, dans la perspective d'un régime unitaire pour l'Administration fédérale, il existe, comme nous l'avons vu, d'excellentes raisons pour ne pas assujettir les activités de nature purement administrative à l'exécution forcée. De toutes ces raisons, il faut principalement retenir que la sanction se présente comme une solution respectueuse de l'autonomie de l'Administration.

b) *Sanction pénale ou civile?*

Si le recours à la contrainte est admissible, le type de sanction qui pourrait être retenu laisse encore planer quelques incertitudes. Il existe plusieurs façons de sanctionner un comportement jugé répréhensible. Dans le contexte du fonctionnement de la justice, la sanction peut revêtir un caractère pénal ou civil, ce qui oblige à faire un choix.

Dans le cadre de l'approche traditionnelle, l'Administration, le Gouvernement, la Couronne, ne pouvaient faire l'objet de poursuites pénales. Comme l'avait naguère souligné Chitty, Sa Majesté ne pouvait s'accuser elle-même, pas plus qu'elle pouvait faire l'objet d'un mandat d'arrestation ou être sujette à l'emprisonnement (1820, p. 374). Comme nous l'avons vu, cette règle n'est plus tout à fait valable puisque des mandataires de la Couronne peuvent désormais faire l'objet de poursuites pénales s'ils posent des actes qui n'entrent pas dans le cadre de leurs attributions (voir *supra*, p. 47). Des perspectives nouvelles sont offertes dans la mesure où le refus d'exécuter un jugement pourrait être éventuellement érigé en infraction pénale.

Une infraction de ce type existe déjà avec la procédure d'outrage au tribunal, laquelle présente une dimension accusatoire où le caractère pénal reste prépondérant (voir *supra*, p. 45). Le projet de loi C-19 déposé au printemps 1984 ramenait d'ailleurs cette sanction à la nature d'une infraction pénale. Dans le cadre du premier chapitre, nous avons néanmoins rejeté l'application de l'outrage au tribunal à la Couronne. À moins d'une transformation radicale du statut constitutionnel des tribunaux et de la Couronne, il est assez difficile, en l'état actuel du droit, d'imaginer Sa Majesté s'outrageant elle-même. Une telle solution est à la limite inconstitutionnelle. Pour l'admettre, il faudrait réviser de fond en comble certains fondements du droit public canadien. Par son caractère limité et circonscrit, cette recherche ne peut prétendre à des modifications aussi importantes.

En admettant, par hypothèse, que de telles difficultés auraient pu être surmontées, la nature même du procédé de l'outrage au tribunal en soulève d'autres. Conçu pour réprimer des cas de *contempt in procedure*, il donne surtout l'impression de viser des personnes physiques par le recours à des moyens de contrainte corporelle. Même si de tels moyens peuvent éventuellement s'appliquer aux personnes morales (le personnel d'une compagnie par exemple), ce type de coercition paraît inadapté au contexte spécial de l'Administration, où, rappelons-le, s'enchevêtrent les immunités et privilèges.

À défaut de l'outrage au tribunal, le refus d'exécution pourrait quand même faire l'objet d'une infraction classique de nature pénale. Cette hypothèse doit être également rejetée. Une pénalisation de la contrainte susceptible d'être instituée contre les autorités ne correspond pas à la nature réelle du problème. En droit administratif, les cas de refus d'exécution ou de méconnaissance de la chose jugée interviennent dans le déroulement de la justice civile ou de la justice administrative (tribunaux administratifs). Le mécanisme susceptible de sanctionner des problèmes de ce type devrait présenter le caractère d'une sanction civile pour respecter cette dimension procédurale. Il s'agit de reconnaître l'existence d'un moyen simple qui puisse apparaître comme une procédure incidente.

C'est donc vers une sanction essentiellement civile qu'il faut s'orienter. Mais entre les voies ordinaires de l'exécution forcée et l'outrage au tribunal, existe-t-il un compromis qui puisse à la fois respecter la nature spéciale de l'État et le besoin de garanties tangibles en faveur des administrés? L'institution française de l'astreinte est très intéressante pour résoudre un dilemme de ce type[141]. En soumettant l'Administration à des sanctions financières en cas d'inexécution d'un jugement, le juge respecte à la fois la liberté décisionnelle des autorités et l'intégrité du patrimoine de l'État. En contrepartie, un tel mécanisme offre aux administrés un moyen très efficace devant lequel l'Administration ne peut guère résister longtemps. Il serait donc utile d'envisager la création d'un procédé qui reposerait également sur des pressions financières.

B. Les modalités de changement

Pour l'essentiel, cette réforme de l'immunité d'exécution reposerait sur la conciliation des intérêts en présence. Autant il est abusif de postuler de façon trop absolue la supériorité des intérêts de l'État sur ceux des individus, autant, à l'inverse, il est excessif de prétendre que ces derniers doivent avoir tous les droits. Comme nous

141. Voir *supra*, p. 61 les développements sur les réformes étrangères.

l'avons suggéré, l'immunité d'exécution devrait être maintenue pour les activités de nature purement administrative. Généralement, ces dernières représentent des services essentiels qui ne peuvent être perturbés pour la satisfaction des intérêts d'un seul. L'argumentation ne repose plus sur un quelconque positivisme d'État (l'État, Être pour-soi) mais sur les intérêts de la collectivité dont il assume la gestion. À l'opposé, les administrés n'en ont pas moins un droit légitime à l'exécution d'un jugement, même si ce débiteur est l'État. D'où l'intérêt d'une approche moderne et cohérente en vue de leur assurer droits et garanties.

1. La recherche de l'exécution effective

L'idée d'exécution effective n'implique pas forcément le recours à la force directe. Il s'agit plus simplement de promouvoir une obligation de résultat. Il ne faut pas oublier que le phénomène de l'inexécution est complexe. L'Administration dispose de moyens subtils pour éluder les effets d'un jugement. Plutôt que d'adopter des mesures répressives pour contrer *in extenso* toutes les hypothèses d'inexécution, il serait préférable de consacrer dans un premier temps un droit positif au respect de la chose jugée. Il faudrait ainsi préciser que le Gouvernement et l'ensemble de l'Administration fédérale ont le devoir de se conformer à l'autorité de chose jugée. De même, il serait intéressant de faire preuve d'un peu d'audace en précisant que ce devoir de conformité à la chose jugée ne doit pas léser indûment les administrés, personnes morales ou physiques, en les privant de droits acquis par jugement. De telles dispositions auraient valeur de principe et offriraient en ce sens un fondement tangible.

Dans le cas des condamnations pécuniaires, de légers correctifs s'imposent. Pour supprimer toute incertitude, il serait bon de modifier la discrétion actuelle du ministre des Finances en ce qui concerne le paiement des jugements[142]. Les condamnations pécuniaires devraient être exigibles de plein droit, ce qui rendrait inutile le recours aux voies d'exécution forcée ou à des moyens de substitution. Toutefois, dans le cas des condamnations dont les montants sont très élevés, il faudrait éviter de déséquilibrer les finances publiques par des ponctions trop importantes. Le droit d'être payé ne doit pas se solder par une hémorragie financière, notamment pour les organismes autonomes et entreprises publiques qui gèrent leur propre budget. Pour parer à ce danger, la réforme californienne est conçue de façon à offrir aux autorités des possibilités d'étalement par plusieurs versements échelonnés dans le temps. Cette nouveauté vise en particulier les *Local Entities* dont l'équilibre financier est beaucoup plus précaire que celui de l'État californien. À cet effet, la Commission de révision du droit de Californie recommande que

> [TRADUCTION]
> les administrations locales devront désormais se conformer aux jugements qui, en matière délictuelle ou autre, les condamnent au paiement d'une somme d'argent, avec la possibilité de le faire en versements annuels ne dépassant pas le nombre de dix, lorsque cela s'impose pour leur éviter de trop grandes difficultés». (Californie, 1980, p. 1263)

142. Prévue par le paragraphe 17(2) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* et par la règle 1800 des *Règles de la Cour fédérale*.

Puisque l'actualité révèle que des poursuites de plusieurs millions de dollars sont fréquemment intentées contre les autorités fédérales[143], il est tout à fait convenable de laisser à celles-ci la possibilité d'atténuer l'impact d'une lourde condamnation. Comme l'État a des responsabilités que n'ont pas les personnes privées et comme il gère des fonds publics, ce léger privilège paraît adapté à la nature spéciale de ses fonctions. Plus prosaïquement, il s'agit d'éviter que le paiement de certaines condamnations ne conduise à des situations aberrantes pour les finances publiques. Cette réserve conduit donc à écarter la possibilité que cette faculté d'étalement puisse être sujette à l'acquiescement de la partie titulaire du jugement (*Id.*, p. 1264). Il n'appartient pas à une personne privée de décider de l'utilisation des deniers publics. Cette faculté de procéder par versements partiels devrait être laissée à la discrétion des autorités fédérales pour une période ne dépassant pas cinq ans.

Pour ce qui est des condamnations à une obligation de faire ou de ne pas faire, des choix importants ont déjà été proposés dans ce chapitre. Dans le cadre du droit privé, le débiteur récalcitrant s'expose aux voies d'exécution forcée. Rien de tel pour une importante partie de l'Administration fédérale qui bénéficie d'une immunité complète en étant associée au régime juridique de la Couronne. L'usure progressive de ce régime artificiel tend plutôt à démontrer qu'une partie de l'Administration ne peut guère justifier cette immunité. Les activités administratives de caractère industriel et commercial ne sont pas de nature à justifier le maintien d'un tel privilège et devraient être sujettes aux voies ordinaires de l'exécution forcée, non seulement en cas de refus d'obéissance à un jugement, mais également dans le cadre du déroulement normal de l'instance contentieuse, ce qui couvre l'hypothèse des saisies provisoires et autres mesures conservatoires. Rien ne s'oppose toutefois à la formulation de certaines exceptions, notamment en ce qui concerne les biens fabriqués et utilisés pour des fins proprement militaires.

Quant aux activités dites «purement administratives», ce qui correspond à des fonctions plus proprement étatiques, leur nature spéciale et leurs finalités d'intérêt public se prêtent difficilement à une extension des règles du droit commun. L'immunité actuelle devrait être maintenue pour ces services. Si les autorités fédérales en décidaient éventuellement ainsi, elles devraient cependant la reformuler en des termes complètement neufs. Pour des raisons déjà exprimées dans le document de travail n° 40 (Canada, CRDC, 1985, p. 33), ce n'est plus la Couronne qui devrait être désignée comme le titulaire de cette immunité, mais plutôt le Gouvernement et l'Administration qui en sont les véritables bénéficiaires.

---

143. À titre d'exemple récent, dans l'affaire *R.* c. *C.A.E. Industries Ltd. et C.A.E. Aircraft Ltd.*, la Cour fédérale (Division d'appel) a accordé 650,000 $ à deux compagnies privées qui réclamaient à l'origine 2,520,000 $ pour perte de profits et 3,400,000 $ pour perte de capital à la suite d'un bris d'entente par les autorités fédérales. En première instance, elles avaient réussi à obtenir une condamnation de 4,300,000 $ ... Toujours à titre d'exemple, on trouve dans les comptes publics du Canada pour l'année 1983 un versement de 2,600,000 $ effectué par le Conseil du Trésor à titre de règlement à l'amiable pour satisfaire les victimes (regroupées en fiducie) de l'écrasement d'un Boeing 737 sur l'aéroport de Cranbrook en février 1978 (34.13). Des compilations internes effectuées de 1971 à 1983 pour la seule Administration centrale montrent que les condamnations pécuniaires prononcées contre les autorités fédérales sont particulièrement importantes pour les secteurs suivants : Transport, Défense nationale, Bureau du Solliciteur général. Pour 1983, ces trois domaines représentaient des condamnations dont le montant total s'élevait respectivement à 3,038,000 $, 3,207,000 $ et 1,533,000 $. Si l'on tente de comptabiliser tout ce que l'État fédéral paie chaque année à titre de dommages, tant pour l'Administration centrale que pour les organismes autonomes et les entreprises publiques, il faut faire état de plusieurs dizaines de millions. Pour la seule année 1983, les versements effectués pour couvrir les dommages causés par l'Administration centrale représentaient 18,848,000 $.

En proposant de reconduire l'immunité d'exécution pour les activités dites «purement administratives», nous prenons en considération les impératifs inhérents à l'accomplissement de missions publiques qui sont essentielles, tant pour l'Administration elle-même que pour les administrés. Cette conscience du caractère éminemment public de nombreuses activités administratives ne peut cependant faire obstacle à une approche résolument nouvelle. Plutôt que de consacrer de nouveau en termes absolus une immunité de principe, il serait préférable d'en relativiser davantage la portée et l'étendue. Si pour ces activités, l'immunité d'exécution était reconduite en termes rigides et péremptoires, il y aurait danger que l'immunité reste trop souvent la règle pour la plupart des activités étatiques, même celles de nature industrielle et commerciale. Il ne faut pas oublier que les deux dimensions, commerciale et publique, sont souvent étroitement amalgamées, ce qui rend parfois très délicates des distinctions fondées sur la nature des activités administratives. Pour que cette distinction entre le commercial et l'administratif puisse aboutir à un changement significatif, il faut donc se diriger vers une réforme de caractère plus fondamental. Pour obtenir des résultats tangibles, il serait intéressant de renverser l'approche actuelle en relativisant davantage l'immunité d'exécution. Même si cette dernière n'en subsiste pas moins sur le plan des principes, pourquoi ne pas reconnaître aux administrés un droit positif à l'exécution, ce qui permet d'envisager le problème sous un angle plus positif? C'est ainsi que tous les biens de l'État seraient susceptibles d'exécution forcée sous réserve de deux conditions (avec une approche de ce type, l'immunité d'exécution cesse d'être un principe absolu pour devenir une règle contingente et relative) :

(1) Des exceptions pourraient être expressément énumérées par la loi.

(2) Dans l'éventualité d'une mesure d'exécution forcée, les autorités auraient la possibilité de présenter au juge une objection, qu'à défaut d'autres termes, nous serions enclins à qualifier «d'exception de service public». Cette possibilité ne serait offerte au créancier que pour l'exécution du jugement devenu définitif, l'immunité d'exécution restant la règle pour le déroulement de l'instance.

Ce deuxième point mérite d'être explicité un peu, bien que nous comptons surtout le faire au niveau des recommandations finales. Il s'agit simplement d'introduire certains critères objectifs dont la portée et l'appréciation reposeraient en définitive sur le juge. Souvent, tout est fonction de cas d'espèce, ce qui nécessite une appréciation directe de la réalité. En cas de violation d'un jugement devenu définitif, les biens de l'État seraient donc exposés aux voies ordinaires de l'exécution forcée, sauf si le Gouvernement, ou l'autorité administrative qui a fait l'objet de la condamnation, démontre, à la satisfaction du juge, que ces biens sont essentiels à l'organisation et au fonctionnement du service public. L'immunité concernant les activités purement administratives serait davantage relativisée en étant soumise à une appréciation critique[144]. Dans l'hypothèse d'activités industrielles et commerciales, cette appréciation ne serait pas requise car il s'agirait simplement d'identifier le caractère de l'activité en cause pour que l'exécution forcée soit permise. Peu importe la nature de l'activité en cause, l'exécution forcée ne serait donc admissible en définitive que moyennant

144. Comme le soulignent des auteurs belges, «le débat contradictoire est un cadre tout désigné pour faire valoir les éléments d'ordre patrimonial, budgétaire, financier et fonctionnel qui sont à prendre en compte pour déterminer le caractère admissible ou non d'une telle exécution» (Le Brun et Déom, 1983, p. 270).

l'autorisation du juge. En cas de méconnaissance d'une décision rendue par un organisme quasi-judiciaire (tribunal administratif), une appréciation de ce type devrait être réservée à la Cour fédérale[145].

C'est dans cette perspective que la traditionnelle immunité de la Couronne s'effacerait au profit de nouvelles règles ayant pour objet l'ensemble de l'Administration fédérale. La possibilité de recourir à l'exécution forcée serait dorénavant fonction de la nature des activités exercées par cette dernière. Cela ne veut pas dire pour autant qu'une mesure d'exécution forcée pourrait être dirigée contre n'importe quel service, ministère ou organisme de niveau fédéral. Seul l'organisme ou l'entité administrative visé par la condamnation devrait pouvoir faire l'objet de mesures d'exécution forcée. Cette précision est essentielle car il s'agit d'éviter, à titre d'exemple, qu'un créancier procède à des saisies contre les biens d'Agriculture Canada sous prétexte que ce ministère poursuit certaines activités de nature industrielle et commerciale, alors que c'est en réalité un autre ministère, Approvisionnements et Services Canada, qui a fait l'objet de la condamnation et qui refuse de s'y conformer. Dans cet exemple fictif, seuls les biens d'Approvisionnements et Services Canada pourraient faire l'objet de mesures d'exécution forcée, à condition bien sûr que ce soit possible dans le cadre des critères proposés (distinction selon la nature des activités administratives).

Ce changement soulève une difficulté. Alors que la plupart des organismes autonomes et entreprises publiques ont une personnalité juridique propre tout en étant mandataires de Sa Majesté, les Ministères et tout ce qui est amalgamé directement à l'Administration centrale n'en ont pas. En l'état actuel du droit, leur statut juridique et leur personnalité se confondent avec la Couronne elle-même. Dans les instances contentieuses, c'est souvent le Procureur général du Canada qui agit en leur nom. Parfois, c'est le ministre responsable qui est poursuivi ès qualités, ce qui permet d'éluder l'absence de personnalité juridique du ministère au profit du statut de ministre de la Couronne.

Cette difficulté permet de comprendre ce qui peut faire obstacle à l'introduction d'une réforme fondée sur l'utilisation de critères fonctionnels et matériels (la nature des activités administratives), alors qu'en contrepartie, le système actuel repose essentiellement sur des critères organiques et formels (la Couronne). Ce problème n'est pas insurmontable car il est possible de prévoir dans la loi une formule pour n'assujettir à l'exécution forcée que les seuls organismes ou ministères impliqués dans le litige[146]. Dans la perspective d'un régime spécial de droit public, rien ne fait obstacle à une réserve de ce type à condition de bien clarifier les choses par une formulation expresse.

Par ailleurs, la nécessité de reconnaître aux administrés des droits concrets en vue d'une exécution effective favorise un nouveau compromis. La réforme française de 1980 en offre justement un bon exemple, le seul sans doute qui puisse être réellement pertinent. Tout en maintenant une immunité identique à celle que nous connaissons actuellement pour la Couronne, cette réforme permet au Conseil d'État de contraindre

145. En 1980, la Commission de réforme du droit du Canada s'est clairement prononcée en vue de faire de la Cour fédérale le seul tribunal compétent pour le contrôle judiciaire de toutes les autorités administratives fédérales (1980, p. 54).

146. Dans le même sens, Garant observe que «[l]'exécution de ces décisions judiciaires [condamnations à des obligations de faire ou de ne pas faire] sera grandement facilitée par la désignation d'un organisme administratif ou d'une corporation statutaire contre lesquels sont prononcés les jugements» (1985a, p. 954).

l'Administration à des sanctions financières en cas de refus d'exécution. Il serait intéressant que les tribunaux canadiens disposent d'un pouvoir analogue pour soumettre l'Administration fédérale au paiement d'un montant forfaitaire pour chaque jour d'inexécution. Pour que cette pression pécuniaire soit efficace, le montant devrait en être très élevé. Le juge pourrait éventuellement tenir compte de circonstances atténuantes pour réduire le montant de la condamnation lors du jugement définitif. Il faut rappeler que ce système de pression financière n'est en aucun cas un substitut de l'exécution véritable requise par les termes du jugement principal. Il s'agit tout simplement d'un moyen de pression qui force le débiteur à exécuter le jugement sous la menace d'une contrainte financière très élevée. Cet aspect dissuasif est très important, puisque dans le cas de l'Administration française, des données récentes révèlent que l'astreinte n'est utilisée que rarement. Ce qui compte avant tout, c'est la portée comminatoire de cette garantie[147]. Si un tel mécanisme était institué, il y aurait deux jugements. Le premier, de caractère provisoire, établirait simplement le montant de la sanction, cette dernière se calculant par jour à partir d'une date fixée par le juge. Le second, final et payable de plein droit selon les modalités applicables aux condamnations pécuniaires, établirait le montant définitif de la sanction, tout en tenant compte des circonstances qui ont été à la source du retard apporté dans l'exécution. Comme cette sanction pécuniaire n'est pas une amende, elle ne devrait pas être versée à l'État, ce qui serait d'ailleurs absurde. Elle devrait être remise, par exemple, à un fonds de recherches scientifiques ou juridiques. Enfin, comme cette sanction n'est pas une condamnation pour dommages-intérêts, rien ne devrait faire obstacle à un recours de cette nature pour le préjudice subi.

Ainsi se traduirait une réforme qui viserait à concilier au maximum les intérêts des parties en présence tout en n'apportant aucun bouleversement majeur aux principes fondamentaux du droit public.

2. Le cas particulier de la compensation

Même si la compensation ne relève pas de l'univers des mesures d'exécution forcée, elle n'en reste pas moins étroitement liée, dans une perspective de droit public, aux règles régissant l'immunité d'exécution, notamment quant à son fondement et quant à ses implications pratiques. Dans le cadre d'une réévaluation globale de l'immunité d'exécution, il y a lieu de s'interroger sur le sort que l'on doit réserver à ce mécanisme.

En droit privé, la compensation est un mécanisme qui permet d'éteindre deux dettes réciproques. Même si elle obéit fondamentalement aux mêmes principes dans les deux systèmes de droit, sa portée diffère sensiblement en droit civil et en common law. En droit civil, la théorie classique des obligations range la compensation parmi les divers modes d'extinction des obligations — articles 1187 à 1197 du *Code Civil* (Baudouin, 1983, p. 495). Deux parties qui se trouvent mutuellement en position de débiteur et de créancier peuvent ainsi s'acquitter de leurs dettes réciproques. Aucun

147. «Dans plusieurs affaires, une solution a été trouvée en cours de procédure qui a conduit le demandeur à se désister de son instance et on peut estimer que cette issue rapide et favorable est due à la pression qu'a représentée la demande du justiciable de voir condamner l'Administration à une astreinte» (de Baecque, 1982-83, p. 192).

accord de volonté n'est requis car la compensation est disponible de plein droit[148]. En droit civil, la compensation peut donc intervenir sans qu'il y ait forcément litige devant un tribunal. Le common law ne l'entend pas ainsi. Le *set-off* y constitue essentiellement une riposte que la partie défenderesse peut opposer au demandeur. Comme tel, c'est un moyen de défense (*a cross-claim*) qui a pour cadre une instance contentieuse. C'est dans cette perspective que le droit anglo-saxon fait une distinction entre le *set-off* et le *counterclaim* (*Halsbury*, 1983, vol. 42, p. 239 et s.). Le *set-off* est limité à la compensation pécuniaire (c'est le sens restrictif du droit civil), tandis que le *counterclaim*, comme son nom l'indique, représente la possibilité de répliquer à la poursuite de A par n'importe quelle poursuite ou réclamation que B pourrait avoir contre lui (en droit civil, la demande reconventionnelle présente une portée plus limitée car il s'agit d'une réclamation résultant de la même source que la demande principale) (*Id.*, p. 241).

Dans le cadre des relations Administration-individus, ce mécanisme pourrait s'avérer très avantageux pour introduire des garanties non contentieuses (Canada, CRDC, 1985, p. 81). En l'état actuel du droit, cette alternative est refusée aux administrés car la Couronne jouit d'une immunité complète contre toute demande de compensation, du moins en common law, car en droit civil les choses ne sont pas très claires[149]. En réalité, le droit actuel ne favorise guère des doutes de cette nature. Si la compensation est un mode d'extinction, elle est également un procédé indirect d'exécution forcée, surtout dans une perspective de droit public. C'est sur cette assimilation que se fondent certaines analyses pour justifier la non-application de la compensation à la Couronne. Décary signale que [TRADUCTION] «puisqu'en droit les jugements rendus contre la Couronne ne sont pas susceptibles d'exécution forcée, une créance contre la Couronne n'est jamais exigible et ne peut donc faire l'objet de compensation puisque celle-ci suppose l'existence de deux dettes qui soient liquides et exigibles» (1976, p. 321). Sans dénaturer la notion de compensation, il faut effectivement reconnaître qu'elle est liée à l'exécution, puisqu'en l'invoquant, A peut conduire B à exécuter l'obligation dont il lui est redevable. En ce sens, la compensation apparaît comme un procédé d'exécution indirecte. En effet, B peut être forcé à exécuter son obligation en un temps et en des circonstances qui ne lui sont pas des plus favorables. La Couronne serait ainsi contrainte d'exécuter contre sa volonté, d'où ce lien avec les procédés d'exécution forcée.

---

148. C'est ainsi que l'article 1188 du *Code civil* prévoit :

> La compensation s'opère de plein droit entre deux dettes également liquides et exigibles et ayant pour objet une somme de deniers ou une quantité de choses indéterminées de même nature et qualité.
>
> Aussitôt que les deux dettes existent simultanément, elles s'éteignent mutuellement jusqu'à concurrence de leurs montants respectifs.

149. En vertu des articles 94 à 100 du *Code de procédure civile*, rien ne réserve expressément les droits de la Couronne en cette matière. Faut-il dès lors en déduire que l'article 94 s'applique faute de dispositions contraires? Il dispose que :

> *Toute personne ayant un recours à exercer contre la Couronne*, que ce soit la revendication de biens meubles ou immeubles, ou une réclamation en paiement de deniers en raison d'un contrat allégué, ou pour dommages, ou autrement, *peut l'exercer de la même manière que s'il s'agissait d'un recours contre une personne majeure et capable, sous réserve seulement des dispositions du présent chapitre*. [C'est nous qui soulignons]

Le doute est d'autant permis que la compensation n'est pas un droit essentiellement contentieux.

L'immunité de la Couronne puise également sa source dans des arguments de texte. Aucune loi fédérale ne l'assujettit à ce mécanisme (Décary, 1976, p. 323; Dyke et Mockle, 1983), ce qui nous renvoie à l'immunité traditionnelle du common law. Faute d'une disposition expresse à cet effet, l'immunité reste la règle. Quelques arrêts ont clairement confirmé ce statut privilégié (*Morley* v. *Ministère du Revenu National*; *Fortier* v. *Langelier*). Cette immunité aurait même une portée absolue pour la Couronne fédérale, dans la mesure où les autres *Crown Proceedings Acts*, notamment ceux de Grande-Bretagne et des provinces anglo-canadiennes, ont déjà réglé cette question par des dispositions expresses. Ces dernières prévoient en général quelques adoucissements[150]. L'immunité n'en reste pas moins la règle pour toute demande de compensation en matière fiscale et pénale[151]. De plus, la Couronne fédérale se voit généreusement reconnaître ce droit à l'encontre des administrés par plusieurs lois fédérales, par exemple la *Loi sur la taxe d'accise* (par. 52(9)), la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* (par. 7(8)) ou la *Loi sur l'assurance-chômage* (art. 48).

Force est donc de s'interroger sur le bien-fondé de ces divers privilèges dont bénéficie l'Administration via le statut spécial de la Couronne. Les raisons juridiques et les motifs d'opportunité généralement avancés en leur faveur ne sont pas très convaincants. Au niveau du droit, il est assez difficile de concevoir que la compensation puisse ruiner en substance le principe de l'immunité d'exécution. Dans toutes les lois provinciales, des exceptions ont été admises en faveur des administrés tout en maintenant l'immunité d'exécution[152]. Rien de très étonnant puisque la compensation apparaît avant tout comme un double paiement en vue de faciliter certaines opérations commerciales et bancaires (Baudouin, 1983, p. 495). Il est donc difficile de soutenir que la Couronne serait contrainte à payer ce qu'elle doit puisqu'il s'agit plus modestement d'un mode de règlement des dettes. L'antinomie n'est donc qu'apparente.

Sur le plan de l'opportunité, les motifs invoqués s'appuient sur d'éventuels problèmes de gestion. Comme le signale Décary, [TRADUCTION] «l'Administration risquerait de se trouver dans l'embarras si la compensation était admise à l'égard de créances relevant de ministères différents» (1976, p. 328). Pourtant, lorsqu'il s'agit de récupérer de l'argent auprès des administrés, ces difficultés semblent ne pas embarrasser les autorités, comme le révèle le paragraphe 39(6) du *Régime de pensions du Canada* :

---

150. Voir par exemple les paragraphes 17(5) et (6) de la Loi de la Saskatchewan, et les paragraphes 19(1) et (2) de la Loi albertaine.

151. En témoigne le paragraphe 14(5) de la *Loi sur les procédures contre la Couronne* du Nouveau-Brunswick :

> Nul ne peut se prévaloir d'une demande en compensation ou d'une demande reconventionnelle dans des procédures intentées par la Couronne pour recouvrer des impôts, taxes, droits ou amendes, ni se prévaloir, dans des poursuites de toute autre nature intentées par la Couronne, d'une demande en compensation ou d'une demande reconventionnelle découlant d'un droit ou d'une demande de remboursement d'impôts, de taxes, droits ou amendes.

152. La compensation est admise si les deux demandes relèvent du même ministre ou du même organisme comme le montre le paragraphe 14(6) de la Loi du Nouveau-Brunswick :

> Nul ne peut, sans avoir obtenu l'autorisation du tribunal, se prévaloir d'une demande en compensation ou d'une demande reconventionnelle dans des poursuites intentées par la Couronne, sauf si l'objet de l'une ou l'autre demande se rapporte à une affaire qui relève du même ministre ou de la même corporation de la Couronne que l'affaire qui a donné lieu aux procédures intentées par la Couronne.

> Au lieu de faire un remboursement qui pourrait autrement être effectué en vertu du présent article, le Ministre peut, lorsque la personne à qui le remboursement est payable est tenue d'acquitter un impôt selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*, affecter le montant de ce remboursement à cette obligation et en aviser le cotisant.

Pour des raisons relevant de la centralisation, de la mécanisation et de l'informatisation croissantes de l'Administration fédérale, ces arguments de gestion ne sont pas convaincants. Tout individu devrait pouvoir invoquer la compensation contre l'ensemble de l'Administration fédérale, même si les deux dettes ne se rattachent pas à la même unité administrative. Pour donner un exemple concret, une personne condamnée par un tribunal à verser un montant d'argent à Agriculture Canada pourrait invoquer le droit à la compensation pour la remise d'impôt qu'elle attend en provenance de «Revenu Canada Impôt». Dans ce cas précis, Agriculture Canada aurait l'obligation d'entrer en communication avec Revenu Canada pour procéder aux ajustements qui s'imposent. Tant pour les recettes que les dépenses, les transferts de fonds sont monnaie courante entre les ministères et organismes fédéraux, ce qui laisse entrevoir que cette suggestion n'est pas de nature à bouleverser les règles budgétaires qui les régissent. Des études de faisabilité devraient néanmoins être entreprises pour s'assurer de la viabilité de cette réforme. Alors qu'en droit rien ne s'oppose à une modification du statut privilégié de l'Administration, les études qui pourraient éventuellement être menées par des comptables et des actuaires seraient susceptibles d'apporter un éclairage intéressant sur la question.

En se limitant au droit, plusieurs questions secondaires restent encore en suspens. La première a trait à la nature des dettes qui peuvent être compensées. Faut-il étendre à toutes les obligations l'élargissement du droit à la compensation, y compris celles qui peuvent découler de taxes ou d'amendes? Sur ce point, le droit privé prévoit certaines exceptions (voir l'article 1190 du *Code civil*). Une autre difficulté, davantage technique, peut surgir de la multiplicité des dettes. Faut-il envisager un ordre de priorités? Pour des considérations analogues à celles déjà invoquées en matière d'exécution, faudrait-il reconnaître aux autorités une faculté d'étalement? Dans le contexte de la compensation, cette réserve en faveur des autorités n'est plus pertinente car les deux dettes sont censées se fondre et s'annuler mutuellement. Pour le surplus non compensé, il serait pour le moins discutable de reconnaître aux autorités une faculté d'étalement alors qu'elles ne disposent pas d'un tel droit pour l'ensemble de leurs dettes à l'égard des administrés. Dans le contexte spécial des condamnations pécuniaires, cette faculté d'étalement est justifiée pour éviter de façon imprévisible des ponctions trop importantes sur les ressources financières d'un organisme autonome ou d'une entreprise publique. À ce stade de notre réflexion, nous ne sommes pas convaincus de soumettre la compensation à des modalités particulières de paiement, ni de la restreindre à une liste limitative d'obligations, quitte éventuellement à exclure les taxes et les amendes.

De toutes ces questions, la plus importante n'en reste pas moins la portée qu'il convient de reconnaître à cette garantie nouvelle. Faut-il la restreindre au seul déroulement des litiges contentieux (c'est l'approche retenue par le common law), ou au contraire, en faire une garantie non contentieuse offerte de plein droit pour deux dettes devenues exigibles (c'est la solution offerte par le droit civil)? Dans le document de travail n° 40, la Commission a manifesté une préférence pour les garanties non contentieuses en invoquant le fait que les relations non conflictuelles Administration-individus constituent la règle, et les litiges, l'exception. La compensation constitue justement un domaine qui se prête bien à la création d'une garantie extra-contentieuse.

Pour revaloriser de façon significative la position des administrés, il serait intéressant de consacrer un droit positif à la compensation pour des dettes devenues exigibles. Le principe général devrait être à l'effet que toutes les dettes qu'auraient mutuellement l'un contre l'autre un individu et l'Administration seraient compensables de plein droit, sauf exceptions prévues expressément par la loi. Ce droit à la compensation serait valable à l'encontre de toute l'Administration fédérale, toute référence à la Couronne étant bannie pour les mêmes raisons que celles invoquées précédemment. Pour des raisons sociales, ce droit devrait être réservé aux personnes physiques car il s'agit d'améliorer et de démocratiser les rapports de l'État avec les individus. Enfin, dernier élément à retenir, il faudrait que ce droit puisse être invoqué même si les deux dettes proviennent de services qui ont des personnalités juridiques distinctes. En pareil cas, il incomberait à ces deux services de prendre les arrangements nécessaires pour le remboursement des deniers qui ont été prélevés pour satisfaire à une compensation.

Conclusion du chapitre deux

À part quelques rares exceptions, les pays occidentaux n'ont guère modifié les règles de leur droit public interne dans le domaine de l'exécution. Cette situation contraste singulièrement avec le droit international public où une distinction entre activités de gestion et activités proprement étatiques (*Jus gestionis* v. *Jus imperii*) tend à se généraliser. Cette évolution rend relative l'ancienne immunité de juridiction que les États étrangers cherchaient systématiquement à invoquer devant les tribunaux d'un autre pays. Cette distinction permet de recourir aux voies d'exécution forcée contre les biens utilisés à des fins commerciales. Cette règle est désormais reconnue par le Canada grâce aux nouvelles dispositions de la *Loi sur l'immunité des États*.

En droit public interne, une distinction du même type devrait être introduite car les dernières décennies se caractérisent par une croissance considérable des activités administratives de nature industrielle et commerciale. Il est difficile de justifier que le Gouvernement et l'Administration puissent encore bénéficier de la traditionnelle immunité de la Couronne pour des activités de cette nature. Par contre, lorsque ces activités représentent des fonctions proprement étatiques où l'on retrouve des finalités d'ordre public et d'intérêt général, l'immunité actuelle devrait être maintenue, en prenant soin toutefois de la reformuler en des termes nouveaux puisque la notion de Couronne n'est plus d'aucune utilité pour faire une distinction entre ce qui est administratif et commercial.

Ce maintien partiel de l'immunité traditionnelle doit être atténué par la reconnaissance de garanties tangibles en faveur des administrés. En cas de mauvaise exécution ou de refus d'exécution, les autorités administratives devraient pouvoir faire l'objet de sanctions financières. Distinctes des dommages-intérêts, ces sanctions prononcées par le juge n'auraient pour seule fonction que de contraindre l'Administration à l'exécution du jugement principal. Elles constitueraient une pénalité financière (une peine civile et non pas pénale) que le juge pourrait fixer à sa seule discrétion. Cette solution permet de concilier l'importance et l'originalité des activités proprement administratives avec les impératifs de bon fonctionnement de la justice.

Conclusion générale et recommandations

De prime abord, l'immunité d'exécution semble rebelle à toute tentative de changement. Même si c'est la Couronne qui en est actuellement le titulaire officiel, les motifs invoqués se rattachent principalement à la nature spéciale de l'État, du Gouvernement, de l'Administration. La référence historique à la personne du Monarque n'étant plus très utile, les arguments ont donc évolué vers un certain positivisme juridique. En référant directement à l'État, certains juristes ont réussi à rendre crédibles des arguments péremptoires susceptibles de faire obstacle à tout changement. Pour certains, il apparaît pour le moins invraisemblable que l'on puisse utiliser la force publique contre l'autorité qui en est la source, tandis que pour d'autres, une telle hypothèse ne pourrait que constituer une grave atteinte aux exigences de la séparation des pouvoirs. Pour d'autres encore, ce serait la souveraineté de l'État qui en sortirait ébranlée, de même que serait ruinée une saine gestion comptable des finances publiques. Dans le but d'actualiser davantage cette argumentation, des références sont également faites à l'intérêt général et au bon fonctionnement de l'Administration. Enfin, certains font même état de la dignité de l'État, de la bonne conduite de l'Administration, du respect mutuel que doivent entretenir le juge et l'Administration, de l'autolimitation volontaire du juge, des convenances, ou encore, de la susceptibilité des administrateurs. Du néo-positivisme à l'opportunité pure, en passant par diverses conceptions de l'État et du contrôle judiciaire, tout finit par se mêler pour former une toile de fond peu propice à de quelconque velléité de changement. Il ne faut donc pas s'étonner que l'immunité d'exécution soit restée la règle dans la plupart des pays occidentaux.

En comparaison, le droit international public laisse entrevoir une évolution décisive marquée par la suppression de l'immunité d'exécution pour les activités étatiques de nature commerciale. En distinguant la *gestio* de *l'imperium*, une conception dualiste des activités étatiques a permis de relativiser un privilège trop absolu. Par contraste, le droit public interne a surtout privilégié des critères organiques et formels au détriment d'une approche plus fonctionnelle. C'est ainsi que dans les pays anglo-saxons, le courant dominant a toujours refusé de faire certaines distinctions de fond en ce qui concerne la nature des activités administratives. Et comment en aurait-il pu être autrement, puisque c'est la Couronne qui a toujours servi de critère de différenciation dans une optique purement institutionnelle? Toutes les fonctions étatiques se retrouvent plus ou moins associées à la Couronne, ce qui rend pour le moins difficile l'introduction d'une distinction fondée sur la nature des activités étatiques. En ce sens, cette étude confirme l'une des orientations fondamentales du document de travail n° 40. En effet, pour parvenir à proposer des critères qui soient pleinement adaptés à l'évolution du monde contemporain et à la nature réelle des activités administratives, il faut abandonner toute référence à la notion de Couronne. *L'immunité actuelle doit être réévaluée et reformulée dans des termes où la notion de Couronne n'apparaît plus. Toute tentative de modernisation de ce secteur du droit administratif passe par une évaluation directe des activités administratives et par la désignation claire et explicite des véritables bénéficiaires de l'immunité actuelle, en l'occurrence le Gouvernement et*

l'Administration. Dans le document de travail nº 40, la Commission avait clairement exprimé sa volonté de franchir un pas décisif en s'engageant dans l'élaboration d'un nouveau statut juridique pour l'Administration fédérale. *Tout consiste à déterminer si cette dernière est encore en mesure de revendiquer pour elle-même une immunité naguère attribuée à la Couronne*. Notre problématique se situe dans un cadre nouveau où seules les activités administratives sont en cause.

Dans le but de proposer des modifications substantielles, il faudrait d'abord supprimer les quelques dispositions législatives qui servent de fondement à l'immunité d'exécution. Il s'agit plus précisement de l'article 6 et du paragraphe 17(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, du paragraphe 56(5) de la *Loi sur la Cour fédérale*, de l'article 18 de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions*. Ces dispositions éparses devraient être remplacées par une nouvelle série d'articles. La solution la plus simple consiste à les regrouper dans un ensemble cohérent de dispositions qui auraient éventuellement pour objet *l'introduction d'une nouvelle loi sur le statut juridique de l'Administration fédérale*. Cette proposition s'insère dans l'ensemble des travaux que poursuit la Commission en vue d'élaborer un nouveau statut juridique pour l'Administration fédérale. Comme tel, elle reste inséparable d'une démarche globale.

Le contenu de la réforme

Même si au Canada le phénomène de l'inexécution des jugements par l'autorité publique reste assez marginal, l'intérêt d'une réforme n'en est pas pour autant démenti. En l'état actuel du droit, deux raisons précises justifient un changement.

La première découle d'un souci élémentaire de modernité. Plutôt que de tenir pour acquise la bonne conduite des autorités, il faut plutôt s'interroger sur la pertinence même de l'immunité d'exécution. Telle que la tradition nous l'a transmise, cette immunité ne reflète plus l'évolution du droit contemporain et se révèle inadaptée à la nature commerciale de certaines activités administratives. La trop grande généralité de cette immunité doit être corrigée. Si l'État s'engage pour des fins lucratives dans des activités de nature industrielle et commerciale, les arguments traditionnels en faveur de l'immunité d'exécution ne sont plus pertinents. Puisque cette dimension lucrative et commerciale n'est pas forcément synonyme d'ordre public, d'intérêt général ou de différenciation spéciale de l'État, rien ne semble faire obstacle à un assouplissement de l'immunité actuelle. C'est en quelque sorte prendre acte du caractère multidimensionnel des activités étatiques.

La seconde raison est liée à l'idée de garantie. À un souci d'adaptation aux activités administratives, fait pendant le désir de reconnaître aux administrés des garanties tangibles en matière d'exécution. Or, dans ce domaine, le droit actuel présente plusieurs lacunes. Une importante partie de l'Administration fédérale pourrait effectivement violer la chose jugée sans que l'on puisse répliquer par des mesures réellement efficaces. D'où l'existence de risques d'abus : «l'idée même que l'Administration puisse impunément ignorer la chose jugée équivaut à une remise en cause des principes les plus essentiels qui fondent le régime libéral» (Distel, 1980, p. 71). Il faut cesser de se leurrer sur l'efficacité du contrôle judiciaire et sur la portée du contrôle parlementaire pour admettre le bien-fondé de garanties précises en faveur du public.

Dans la perspective d'une réévaluation globale du statut juridique de l'Administration fédérale, cette lacune du droit administratif devrait être corrigée. Loin de céder à une vision romantique du contrôle judiciaire, les orientations proposées par ce document partent plutôt du principe que ce contrôle doit être une réalité tangible susceptible d'aboutir à des résultats concrets. Le respect d'un jugement constitue un impératif catégorique, et pour l'atteindre, des garanties efficaces doivent être offertes aux administrés. Il s'agit d'éviter une censure juridictionnelle qui ne serait que platonique. Comme le laisse entendre Sir Edward Coke dans *Franklin's Case*, [TRADUCTION] «lorsque la loi confère un droit quelconque à un citoyen, elle lui donne également tout ce qui est indispensable pour ne pas rendre inopérant ce droit» (p. 47a). Dans cette optique, il faut se débarrasser des vieux mythes où «l'État doit toujours être réputé solvable et honnête homme» pour reprendre une formule de Thiers. Il faut plutôt chercher à prévenir des situations où l'État, habituellement bon débiteur, pourrait être conduit à enfreindre l'autorité de chose jugée pour des raisons économiques ou politiques.

Pour parvenir à cette fin, la réforme envisagée doit tenter de concilier au maximum les intérêts légitimes des administrés avec ceux de l'Administration et du Gouvernement. Pour être efficaces, les diverses modifications suggérées par cette recherche devraient se matérialiser par une réforme législative[153] dont le contenu serait le suivant :

a) *La reconnaissance de l'autorité de chose jugée*

Par le biais des privilèges et immunités de la Couronne, le Gouvernement fédéral, ainsi qu'une bonne partie de l'Administration fédérale, occupent un statut spécial en matière de chose jugée et d'exécution forcée. Cette situation contribue à renforcer la position des autorités lorsqu'elles cherchent à éluder les effets d'un jugement par des moyens beaucoup plus raffinés que le simple refus d'exécution. *Il faut donc reconnaître sans ambiguïté l'autorité de chose jugée, non seulement pour éliminer des risques potentiels d'abus, mais également pour offrir un minimum de base légale pour riposter avec succès à certaines tactiques de l'Administration*. Cette solution n'est évidemment pas une panacée. Elle offre cependant une garantie qu'il ne faut pas prendre à la légère si un devoir positif est imposé aux autorités. *Cette disposition est d'autant plus importante que nous entendons recommander la création d'un régime qui se traduira par le maintien de l'immunité d'exécution pour une part importante de l'activité administrative et gouvernementale.*

***Article 1* : Le Gouvernement et l'Administration ont l'obligation de se conformer à l'autorité de chose jugée.**

En cas de refus d'exécution ou d'exécution incomplète, *une telle disposition offrirait un minimum de base légale pour un recours en dommages-intérêts*. C'est au juge qu'il appartient d'évaluer, à la lumière des faits du litige, ce qu'est une bonne exécution. Pour l'aider à l'identifier, nous ne pouvions faire tout au plus qu'un travail de sensibilisation sur le phénomène de l'inexécution.

153. Cette solution est requise par la règle selon laquelle les privilèges et immunités de la Couronne ne peuvent être modifiés que par une disposition législative expresse.

b) *Le paiement automatique des condamnations pécuniaires*

En l'état actuel du droit, il est difficile de déterminer si le ministre des Finances possède une discrétion réelle quant au paiement de certaines condamnations pécuniaires. *Rien ne s'oppose à ce que toutes les condamnations pécuniaires soient exigibles de plein droit auprès du ministre des Finances, quitte à éviter toute situation aberrante pour les finances publiques*, notamment pour l'équilibre budgétaire des organismes autonomes et des entreprises publiques. Comme aux États-Unis, *les autorités devraient pouvoir bénéficier d'une faculté d'étalement pour des condamnations très élevées, ce qui permettrait d'en atténuer l'impact défavorable sur les finances de l'État.* Le paragraphe 17(2) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* devrait donc disparaître au profit d'une nouvelle disposition.

> *Article 2* : **Dans un jugement final, toute condamnation pécuniaire prononcée contre le Gouvernement ou contre l'Administration est payable de plein droit sur simple présentation d'un certificat du tribunal au ministre des Finances.**
>
> **Pour les condamnations supérieures à X (montant à déterminer), le ministre des Finances peut prévoir des modalités d'étalement sur une période n'excédant pas cinq ans.**

c) *La relativisation de l'immunité d'exécution*

Jusqu'à ce jour, l'immunité contre toute forme d'exécution forcée a toujours été la règle pour les autorités administratives associées au statut juridique de la Couronne. Récemment, l'adoption de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions* a permis d'atténuer légèrement la généralité de cette immunité. Pour l'Administration fédérale qui ne bénéficie pas du régime juridique de la Couronne, toutes les voies ordinaires de l'exécution forcée sont admissibles comme dans les litiges entre personnes privées.

Ces différences de traitement créent une situation qui est en grande partie artificielle et incohérente puisque l'immunité d'exécution ne dépend pas de la nature des activités administratives. Divers mandataires de la Couronne peuvent revendiquer avec succès cette immunité même lorsqu'ils sont engagés dans des activités de nature industrielle et commerciale. Par contre, d'autres autorités ne bénéficient d'aucune immunité même si elles fournissent des services essentiels à la collectivité. *Cette situation doit être corrigée sur la base de critères nouveaux susceptibles de refléter la nature véritable des activités administratives et gouvernementales.* Un changement substantiel s'impose puisque l'immunité d'exécution a été conçue à une époque où les activités de l'État étaient réduites tout en étant strictement publiques (c'était le contexte limité de l'État-gendarme). *De nos jours, la diversification des interventions étatiques justifie amplement une adaptation du droit sur la base d'un traitement différentiel.*

La *Loi sur l'immunité des États* de 1982 a introduit pour les États étrangers une relativisation fondée sur la nature des activités. C'est ainsi que pour leurs activités de nature commerciale, ils ne profitent d'aucune immunité (articles 5 et 11). Cette solution mérite d'être introduite en droit public interne. *Si l'État agit à titre de commerçant, rien ne s'oppose réellement à ce qu'il soit traité comme tel. Une étape décisive devrait être franchie par l'admission de toutes les voies ordinaires d'exécution forcée pour les activités administratives de nature industrielle et commerciale.*

Par contre, *pour les autres activités administratives*, que nous considérons comme «purement administratives» parce qu'elles relèvent traditionnellement de l'État (fonction de police administrative, fonction prestataire, fonction de contrôle et de planification, fonction de réglementation, etc.), *l'immunité d'exécution se justifie plus facilement*. Il s'agit de domaines où les notions d'ordre public et de service à la collectivité sont intimement liées. *Leur caractère spécial et distinct incite à prendre en considération les impératifs inhérents à l'organisation et au fonctionnement de services qui sont essentiels, tant pour l'Administration elle-même que pour les administrés*. D'autres raisons peuvent également entrer en ligne de compte. Par exemple, les biens utilisés à des fins proprement militaires devraient normalement échapper à l'exécution forcée pour satisfaire à cet impératif tout à fait légitime qu'est la défense du pays. Ce n'est qu'un exemple parmi d'autres.

L'importance de ces services n'est pas suffisante au point de faire obstacle à une approche nouvelle. Plutôt que de consacrer en termes absolus une immunité de principe pour toutes les activités dites «purement administratives», *il serait préférable d'en relativiser davantage la portée et l'étendue. Si pour ces activités, l'immunité d'exécution était reconduite en termes rigides et péremptoires, il y aurait danger que l'immunité reste trop souvent la règle pour la plupart des activités étatiques, même celles de nature industrielle et commerciale*. Il ne faut pas oublier que les deux dimensions, commerciale et publique, sont souvent étroitement liées, ce qui rend parfois très délicates des distinctions fondées sur la nature des activités administratives.

Pour que cette distinction entre le commercial et l'administratif puisse aboutir à un changement significatif, il est préférable de relativiser davantage l'immunité d'exécution. *Même si cette dernière n'en subsiste pas moins sur le plan des principes, il serait utile de reconnaître aux administrés un droit positif à l'exécution, ce qui permet d'envisager le problème sous un angle plus positif. L'immunité d'exécution doit cesser d'être une immunité absolue pour devenir une immunité relative. Dans le but d'inverser l'approche traditionnelle, tous les biens de l'État (sous réserve de certaines exceptions expresses) seraient susceptibles d'exécution forcée, sauf si le Gouvernement, ou l'autorité administrative qui a fait l'objet de la condamnation, démontre, à la satisfaction du juge, que ces biens sont essentiels à l'organisation et au fonctionnement du service public*. En procédant de la sorte, certaines activités «mixtes» (administratives et commerciales), et également des activités purement administratives, pourraient faire l'objet de voie d'exécution forcée si leurs biens ne sont pas essentiels au fonctionnement du service public. *Par contre, l'immunité devrait normalement rester la règle pour celles dont le caractère éminemment public et la dimension sociale (service à la collectivité) s'opposent à toute interruption dans la continuité du service public. Autre réserve très importante, cette possibilité de recourir à l'exécution forcée contre l'Administration ne serait offerte au débiteur que pour l'exécution d'un jugement devenu définitif, l'immunité d'exécution restant la règle pour le déroulement de l'instance. En cas de violation d'un jugement rendu par un organisme quasi judiciaire (tribunal administratif), seule la Cour fédérale devrait être compétente pour décider de la recevabilité d'une mesure d'exécution forcée dirigée contre l'Administration fédérale.*

Loin d'être une aberration, la reconnaissance de ces exceptions s'insère dans la logique générale qui gouverne les règles d'exécution forcée. En droit privé, de nombreux biens sont déclarés insaisissables à cause de leur importance sociale et économique. *Par analogie avec les privilèges reconnus aux individus, l'Administration fédérale devrait également bénéficier d'une immunité complète dans des domaines où la finalité sociale et publique de ses activités reste prépondérante*. De plus, cette

immunité pourrait être renforcée par l'énumération expresse de biens publics déclarés insaisissables. À la lumière des commentaires qu'elle compte recevoir, la Commission pourrait éventuellement en dresser une liste dans le cadre de recherches ultérieures.

Sous réserve de ces biens déclarés insaisissables par la loi, tout jugement prononcé contre le Gouvernement ou l'Administration pourrait éventuellement donner ouverture à exécution contre les biens de l'autorité ayant fait l'objet de la condamnation. Nous disons bien «éventuellement» car *le créancier ne disposerait pas d'un droit direct à l'exécution. Il aurait l'obligation d'expédier un avis à l'autorité concernée ainsi qu'au ministre de la Justice qui pourraient ainsi faire opposition en invoquant les impératifs de bon fonctionnement du service public. Dans les cas où il y aurait contestation, l'exécution forcée contre les biens de l'État ne pourrait se faire, en définitive, que sur autorisation du juge.*

Pour éviter que cet élargissement du droit à l'exécution se traduise par des situations aberrantes, une précision essentielle doit être formulée quant à l'autorité administrative qui pourrait éventuellement en faire les frais. Suite à une condamnation, une mesure d'exécution ne pourrait pas être dirigée contre n'importe quel service, ministère ou organisme. Seul l'organisme ou l'entité administrative ayant fait l'objet de la condamnation devrait pouvoir faire l'objet de mesures d'exécution forcée. Même si le droit actuel ne reconnaît pas de personnalité juridique distincte à certaines parties de l'Administration fédérale (les ministères en particulier), rien ne s'oppose à l'introduction d'une réserve à cet effet. Il s'agit simplement de prévoir que seuls les organismes ou ministères impliqués dans le litige pourraient éventuellement faire l'objet de voies d'exécution en cas de non-respect de la chose jugée.

Article 3 **: Tout jugement prononcé contre le Gouvernement ou l'Administration est susceptible d'exécution forcée sur les biens de l'autorité visée par la condamnation. Trente jours avant le recours à toute mesure d'exécution, le créancier doit préalablement donner un avis à l'autorité concernée ainsi qu'au ministre de la Justice. Dans un délai de quinze jours, ces derniers peuvent faire opposition par requête, en invoquant, à la satisfaction du juge, la nécessité de ne pas perturber le service public. À cette fin, ils doivent démontrer que les biens susceptibles d'exécution sont essentiels à l'organisation et au fonctionnement de services délivrés dans l'intérêt de la collectivité ou destinés au maintien de l'ordre public.**

Pour clarifier la généralité de ce qui précède, aucune mesure d'exécution forcée ne peut être autorisée durant le déroulement de l'instance.

Article 4 **: Le Gouvernement et l'Administration ne bénéficient pas de l'immunité d'exécution dans les actions ou poursuites portant sur leurs activités de nature industrielle ou commerciale.**

Article 5 **: Sont insaisissables**

a) les biens utilisés ou destinés à être utilisés dans le cadre d'une activité militaire;

b) les biens utilisés pour le fonctionnement du Sénat et de la Chambre des Communes.

(Ces deux exemples représentent de simples hypothèses qui n'ont pas à être justifiées. À ce stade de notre réflexion, il n'est pas utile de les énumérer in extenso.)

Ces dispositions introduisent une distinction entre l'administratif d'une part, et l'industriel et le commercial d'autre part. *C'est au juge que reviendrait la responsabilité d'établir les critères nécessaires pour identifier les activités étatiques de nature industrielle et commerciale*, ce qu'en principe il ne devrait guère avoir de difficultés à faire puisqu'il applique déjà une distinction de ce type pour les États étrangers (*jure gestionis* v. *jure imperii*). Quant aux activités purement administratives, il faudrait qu'il manifeste une sensibilité particulière à l'égard des réalités administratives pour distinguer clairement celles dont l'importance sociale et publique s'opposent à la recevabilité de l'exécution forcée. La nécessité d'une appréciation de ce type ne ferait que renforcer le besoin d'une spécialisation accrue des juges dans les domaines relevant du droit public général et du droit administratif.

d) *La reconnaissance d'un moyen de pression en faveur des administrés*

Par souci d'équilibre, il serait regrettable que le maintien de l'immunité d'exécution pour les activités dites «purement administratives» se traduise par l'absence de tout recours efficace pour contraindre les autorités à respecter un jugement. Jusqu'à présent, aucune garantie sérieuse n'a été offerte aux administrés. *Cette lacune doit être comblée en vue de soumettre les relations État-individus à l'idée de droit, et non pas à ce qui n'est que bienséance, politesse ou usage. La situation actuelle est propice à des abus, ce qui nécessite un effort concret en vue de promouvoir des garanties tangibles.*

En l'état actuel du droit, la plupart des recours existants ne sont pas d'une grande utilité pour les administrés. Problèmes d'immunité mis à part, leur utilisation risque d'être aléatoire pour faire efficacement pression sur les autorités. Seul l'outrage au tribunal semble correspondre à cette attente. Son utilisation contre les autorités fédérales soulève par contre de nombreuses difficultés quant à sa recevabilité. Pour l'introduire, il faudrait que Gouvernement et Administration ne participent plus en aucune manière du statut juridique de la Couronne. Si ces autorités étaient éventuellement régies par un statut spécial relevant directement de la Constitution et des lois du Parlement, et non plus par un statut coutumier relevant des privilèges et immunités de la Couronne, le problème se poserait sous un jour différent.

Sans vouloir éliminer pour le moment l'hypothèse de l'outrage au tribunal ou tout autre recours qui pourrait se montrer efficace dans l'hypothèse d'une révision critique des immunités contentieuses de la Couronne, nous croyons qu'il serait plus avantageux de reconnaître l'existence d'un moyen de pression directe reposant sur la contrainte monétaire. En cas de refus d'exécution, ce moyen permettrait de condamner les autorités à une pénalité financière pour chaque jour de retard. Sur présentation d'une requête, l'administré pourrait obtenir d'un juge une ordonnance provisoire condamnant l'Administration ou le Gouvernement à une somme forfaitaire très élevée, computée par jour, jusqu'à exécution complète de la condamnation principale. Il s'agit d'une peine civile de caractère comminatoire qui en aucun cas ne devrait être assimilée à un recours de nature pénale. Puisque la finalité d'un tel mécanisme vise à faire pression sur les autorités, c'est donc le caractère de sanction financière qui doit prédominer. Il faut éviter de le confondre avec un recours en dommages-intérêts, lequel présente une finalité de type compensatoire. Une fois la condamnation principale correctement exécutée, le juge prononcerait un jugement final où apparaîtrait le montant définitif de cette sanction pécuniaire. Le juge pourrait éventuellement tenir compte des circonstances qui auraient pu entraver le cours normal de l'exécution du jugement principal.

Même si elles sont susceptibles de bénéficier de l'immunité d'exécution pour des biens spécialement désignés par la loi, et également, pour leurs activités qui ne sont pas de nature industrielle et commerciale, les autorités fédérales s'exposeraient néanmoins à des pressions financières en cas de refus d'exécution. Ce recours tout à fait original apparaît comme une garantie supplétive. *Rien ne s'oppose toutefois à sa généralisation. Le créancier devrait pouvoir l'utiliser même si la nature des activités en cause lui offre la possibilité de recourir directement aux traditionnelles mesures d'exécution forcée. Ce devrait être toutefois un choix alternatif et non pas cumulatif, le cumul exécution forcée-sanction pécuniaire étant excessif.*

> *Article 6* : **En cas de refus d'exécution, de retard, ou d'exécution incomplète ou partielle d'un jugement devenu définitif, le juge peut, sur requête, condamner le Gouvernement ou l'Administration au paiement d'une somme forfaitaire pour chaque jour de retard jusqu'à exécution complète de la condamnation principale.**
>
> **Cette sanction pécuniaire prend la forme d'une ordonnance provisoire qui est signifiée au ministre des Finances et à l'autorité récalcitrante. Le juge détermine la date à partir de laquelle cette sanction s'applique. Lorsque le juge constate que la décision de justice a été exécutée, il prononce un jugement en vue d'établir le montant définitif de la sanction. Il doit tenir compte des circonstances qui ont empêché l'exécution normale de la condamnation principale.**
>
> **Le produit de cette condamnation est versé à un fonds de recherches scientifiques ou juridiques désigné par le juge. Cette condamnation ne porte pas atteinte au droit d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice subi lors de l'inexécution du jugement.**
>
> *Article 7* : **Sous réserve des articles qui précèdent, le créancier peut recourir de façon alternative à l'exécution forcée ou à la contrainte financière, leur cumul étant toutefois interdit.**

e) *L'admission du droit à la compensation*

Par l'entremise du statut juridique de la Couronne, les autorités fédérales disposent d'une immunité complète à l'égard des demandes de compensation en provenance des administrés. Lors d'un différend judiciaire (c'est la perspective du common law), ou même en l'absence de litige (c'est la solution offerte par le droit civil), une personne privée ne peut espérer compenser sa propre dette avec une somme due par les autorités. Ces dernières jouissent d'une discrétion absolue quant au moment et quant à la manière d'acquitter les dettes publiques[154].

154. Cette immunité à l'égard de la compensation peut également être invoquée à l'encontre des diverses provinces du Canada, ce qui nous place d'emblée dans le contexte délicat des relations fédérale-provinciales en matière de transferts fiscaux et de dettes réciproques. Cette dimension constitutionnelle de la compensation est trop complexe pour que l'on puisse espérer la solutionner de façon satisfaisante dans le cadre d'une recherche axée sur le droit administratif et les relations État-individus.

Comme ce privilège ne repose plus sur aucune justification fonctionnelle, un pas décisif mérite d'être franchi en faveur des administrés par l'admission sans réserve du droit à la compensation. Même si les deux dettes ne proviennent pas des mêmes services (par exemple, A est poursuivi pour une réclamation pécuniaire par la Commission X, alors qu'en contrepartie, le ministère Y lui doit une somme analogue), le degré de centralisation et d'informatisation atteint par l'Administration fédérale ne peut que favoriser l'avènement du droit à la compensation. Les communications et échanges inter-services sont suffisamment développés pour que deux dettes différentes, devenues exigibles et fongibles, puissent être compensées. Le principe général devrait être à l'effet que toutes les dettes peuvent être compensées de plein droit, quitte à prévoir certaines exceptions, notamment en matière de taxes et d'amendes.

> ***Article 8*** **: En cas de réclamation pécuniaire présentée par le Gouvernement ou par l'Administration, tout individu peut invoquer le droit à la compensation si ces autorités lui doivent également une somme devenue exigible.**

(Ce paragraphe pourrait éventuellement être complété par quelques exceptions en vue de soustraire certains types de dettes du droit à la compensation. Ces exceptions devraient être justifiées et peu nombreuses pour ne pas ruiner la généralité du principe.)

Comme on peut le constater, cette formulation reconnaît une portée très large à la compensation en refusant de limiter son application au seul domaine des litiges contentieux. *Ce droit devrait s'imposer avant tout comme une garantie non contentieuse susceptible d'être invoquée dans le cadre normal des relations Administration-administrés.*

f) *Le champ d'application de la réforme proposée*

Ce document n'est qu'une étape vers l'élaboration d'un statut juridique cohérent pour l'ensemble de l'Administration fédérale. Dans le domaine de l'exécution forcée, il avance des propositions qui pourraient éventuellement constituer le droit applicable à l'Administration fédérale, comme c'est d'ailleurs le cas présentement pour les dispositions contenues dans la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* et la *Loi sur la Cour fédérale*, pour ne citer que ces deux exemples. *Il faut donc comprendre que le droit provincial en matière d'exécution forcée ne pourrait s'appliquer que sous réserve des dispositions que nous suggérons.* Deux raisons justifient ce choix.

Dans le domaine du droit applicable à l'Administration fédérale, il est tout à fait logique que ce soient des dispositions fédérales qui puissent s'appliquer, le droit provincial ne gardant qu'une portée complémentaire. Plutôt que de s'en remettre trop exclusivement aux juges ou aux législateurs provinciaux, les autorités fédérales devraient jouer un rôle beaucoup plus dynamique dans la modernisation du droit administratif fédéral.

La deuxième raison se fonde sur la nature de nos propositions. Il s'agit d'un régime spécial de droit public, qui tout en admettant partiellement l'exécution forcée, ne le fait que moyennant des distinctions propres au droit administratif. La compétence générale reconnue aux provinces en matière de droit privé par l'article 92.13 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'est pas admissible pour régir un régime spécial de droit administratif propre aux autorités fédérales. C'est le Parlement fédéral qui doit normalement assumer ses responsabilités en la matière.

Une difficulté de ce type a déjà été solutionnée dans la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions*. En introduisant un régime législatif spécial en cette matière, le législateur fédéral a pris soin de préciser à l'article 17 que :

> Les dispositions de la présente partie et de toute autre loi du Parlement et de leurs règlements d'application l'emportent sur les dispositions incompatibles du droit provincial en matière de saisie-arrêt.

Une disposition semblable devrait être insérée, non seulement en matière d'exécution, mais également pour l'ensemble des dispositions concernant le statut juridique de l'Administration fédérale.

En rédigeant ces huit articles, nous ne cherchons pas à faire œuvre de légiste. Ces articles doivent être lus pour leur contenu et non pas en fonction de la rigueur de leur formulation. Ils permettent de concrétiser ce que pourrait être une réforme substantielle de l'immunité d'exécution. Inspirée en partie par le droit international public et par les droits américain et français, cette réforme vise essentiellement à faire de l'immunité d'exécution, une immunité relative et non pas une immunité absolue comme c'est le cas présentement. Il ne faut pas s'étonner outre mesure de son caractère assez technique car l'efficacité du système ne peut être assurée que par des garanties précises et rigoureuses.

Bibliographie

Liste des principales abréviations

A.C.D.I.	Annuaire canadien de droit international
A.J.D.A.	Actualité juridique, Droit administratif
A.J.I.L.	American Journal of International Law
A.P.C.	Administration publique du Canada
Adm. L. Rev.	Administrative Law Review
C. de D.	Cahiers de droit
C.E.	Conseil d'État
C.L.P.	Current Legal Problems
C.R.D.C.	Commission de réforme du droit du Canada
Cam. L.J.	Cambridge Law Journal
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
D.	Dalloz
E.D.C.E.	Études et documents du Conseil d'État
G.P.	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
J. Pub. L.	Journal of Public Law
J.C.P.	Juris-classeur périodique (La Semaine Juridique)
J.T.	Journal des tribunaux
M.L.J.	Michigan Law Journal
M.T.P.	Moniteur des travaux publics
Man. L.J.	Manitoba Law Journal
P.L.	Public Law
R. de D. Pr.	Revue de droit prospectif
R. du B.	Revue du Barreau
R. du B. Can.	Revue du Barreau canadien
R.A.	Revue administrative
R.C.A.D.I.	Recueil des cours de l'Académie de Droit International
R.D.I.D.C.	Revue de droit international et de droit comparé
R.D.P.	Revue du droit public
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.I.S.A.	Revue internationale des sciences administratives
S.	Sirey
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. of T.L.J.	University of Toronto Law Journal

Amselek, P. (1986) «Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques» *J.C.P.* 1.3236.

Artur, E. (1900) «Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions» *R.D.P.* 236-280.

Auby, J.M. (1977) «Sur une pratique excessive : les validations législatives» *R. de D. Pr.* 10-18.

Baraduc-Bénabent, E. (1981) «L'astreinte en matière administrative» *D.* 95-100.

Barrie, G. et N. Lowe (1973) *The Law of Contempt*, Londres, Butterworths, 401 pages.

Barthélemy, J. (1912) «Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public» *R.D.P.* 505-540.

Baudouin, J.-L. (1973) *La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, P.U.M., 567 pages.
Baudouin, J.-L. (1983) *Les obligations*, Montréal, Yvon Blais, 693 pages.
Beale, J.H. (1908) «Contempt of Court, Criminal and Civil» 21 *Harv. L. Rev.* 161-174.
Berger, R.M. et D.N. Brown, éds, (1965-66) «The Coercive Function of Civil Contempt» 33 *U. Chi. L. Rev.* 120-133.
Blackstone, W. (1765) *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, New York, Oceana (réimpression 1966).
Blaevoet, C. (1965) «De l'intangibilité des ouvrages publics» *D.* 241-244.
Bon, P. (1981) «Un progrès de l'État de droit : la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique» *R.D.P.* 5-51.
Borchard, E.M. (1924) «Government Liability in Tort» 34 *Yale L.J.* 1-45, 129-143, 229-258.
Boré, J. (1966) «La liquidation de l'astreinte comminatoire» *D.* 159-168.
Boulard, C.L. (1932) *Le respect par l'Administration active des décisions du Conseil d'État*, Paris, P.U.F., 132 pages.
Braibant, G. (1961) «Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir» *E.D.C.E.* 53-65.
Brière, J. (1969) «La dualité domaniale au Québec» dans *Droit administratif canadien et québécois* 313-363.
Brill, H.W. (1983) «The Citizen's Relief against Inactive Federal Officials: Case Studies in Mandamus, Actions ‹In the Nature of Mandamus›, and Mandatory Injunctions» 16 *Akron L. Rev.* 339-396.
Brown, L.N. et D. Lemieux (1979) «La responsabilité civile découlant de l'inaction gouvernementale» 20 *C. de D.* 783-796.
Brun, H. et D. Lemieux (1977) «Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique : la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu?» 18 *C. de D.* 265-313.
Brun, H. et G. Tremblay (1982) *Droit constitutionnel*, Montréal, Yvon Blais, 798 pages.
Burdeau, G. (1949) *L'État*, Paris, L.G.D.J., 577 pages.
Burki, E.P. (1979) «Gestation d'une loi avortée. Quelques remarques à propos du projet de loi relatif aux astreintes prononcées en matière administrative» *R.A.* 40-48.
Californie (1980) «Recommendation Relating to Enforcement of Claims and Judgments Against Public Entities» 15 *California Law Revision Commission* 1261-1287.
Campbell, E. (1969) «Private Claims on Public Funds» 3 *Tasmania U.L.R.* 138-158.
Canada, CRDC (1977) *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire* [Document de travail nº 18], Ottawa, Approvisionnements et Services, 56 pages.
Canada, CRDC (1977a) *L'outrage au tribunal* [Document de travail nº 20], Ottawa, Approvisionnements et Services, 74 pages.
Canada, CRDC (1980) *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale* [Rapport nº 14], Approvisionnements et Services, 68 pages.
Canada, CRDC (1982) *L'outrage au tribunal* [Rapport nº 17], Ottawa, Approvisionnements et Services, 69 pages.
Canada, CRDC (1984) *Criminal Liability of the Crown* [Document interne], 97 pages.
Canada, CRDC (1985) *Le statut juridique de l'Administration fédérale* [Document de travail nº 40], Ottawa, CRDC, 111 pages.
Carrow, M.M. (1960) «Sovereign Immunity in Administrative Law, A New Diagnosis» 9 *J. Pub. L.* 1-23.
Chevallier, J. (1970) *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, L.G.D.J., 317 pages.
Chevallier, J. (1972) «L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur» *A.J.D.A.* 67-89.
Chitty, J. (1820) *A Treatise on the Law of Prerogatives of the Crown and the Relative Duties and Rights of the Subject*, Londres, Butterworths, 500 pages.
Chotiner, K.L. (1968) «California Government Tort Liability» 43 *California State Bar J.* 233-241.
Costa, J.-P. (1985) «Une nouvelle section au Conseil d'État, la section du rapport et des études» *A.J.D.A.* 265-266.

Crane, J.A. (1920) «Jurisdiction of the United States Court of Claims» 34 *Harv. L. Rev.* 161-177.
Davis, K.C. (1970) «Sovereign Immunity Must Go» 22 *Adm. L. Rev.* 383-405.
de Baecque, F. (1982-83) «La Commission du rapport et des études et l'exécution des décisions de justice» *E.D.C.E.* 175-195.
de Laubadère, A. (1980) *Traité de droit administratif*, 8e éd., L.G.D.J., 783 pages.
de Smith, S.A. (1980) *Judicial Review of Administrative Action*, 4e éd., Londres, Stevens, 626 pages.
de Smith, S.A. (1981) *Constitutional and Administrative Law*, 4e éd., Londres, Penguin, 728 pages.
Décary, R. (1976) «Compensation against the Federal Crown» 22 *Rev. Dr. McGill* 321-330.
Defert, A. (1910) *De l'exécution des jugements contre les personnes morales du droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 265 pages.
Del Buono, V.M. (1983) *Procédure pénale au Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 716 pages.
Delaume, G.R. (1979) «The State Immunity Act of the United Kingdom» 73 *A.J.I.L.* 185-199.
Delvolvé, P. (1983-84) «L'exécution des décisions de justice contre l'Administration» *E.D.C.E.* 111-137.
Di Qual, L. (1964) «Une manifestation de la désagrégation du droit de propriété : la règle ‹ouvrage public mal planté ne se détruit pas›» *J.C.P.* 1.1852.
Dicey, A.V. (1911) *A Leap in the Dark*, Londres, Murray, 227 pages.
Distel, M. (1980) «Les personnes publiques et l'exécution des décisions de justice» *M.T.P.* 71-73.
Dresler, G. (1978) *L'immunité de juridiction et d'exécution des États étrangers devant la juridiction nationale*, Thèse polycopiée, Genève, 1978, 235 pages.
Dufour, M. (1986) «L'attitude restrictive des tribunaux en matière de reconnaissance de privilèges et d'immunités aux agents de la Couronne» *R. du B.* 381-437.
Dumon, F. (1971) «Le régime de l'immunité d'exécution en droit comparé» dans *L'immunité de juridiction et d'exécution des États*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles, 181-210.
Dussault, R. (1974) *Traité de droit administratif canadien et québécois*, Québec, P.U.L., 2016 pages (2 volumes).
Eisenberg, R. (1959) «Reversing Administrative Decisions» 25 *R.I.S.A.* 105-107.
Esmein, A. (1903) «L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte» *Rev. trim. dr. civ.* 34-40.
Fayolle, M.-M. (1926) *La force exécutoire des décisions de justice à l'encontre des administrations publiques*, Nancy, Imprimerie Lorraine, 186 pages.
Ferron C. (1973) «Le jugement déclaratoire en droit québécois» 33 *R. du B.* 378-385.
Field, G.L. (1946) «Administration by Statute, the Question of Special Laws» 6 *Pub. Adm. Rev.* 325-338.
Fréjaville, M. (1949) «L'astreinte» *D.* 1-4.
Fréjaville, M. (1951) «La valeur pratique de l'astreinte» *J.C.P.* 1.910.
Friedmann, W. (1971) *The State and the Rule of Law in a Mixed Economy*, Londres, Stevens, 104 pages.
Fromont, M. (1984) «Contrôle juridictionnel et nouvelles protections en R.F.A.» dans *Administration et administrés en Europe*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 61-72.
Fry, E. (1911) *Specific Performance*, 5e éd., Londres, Stevens, 104 pages.
Garant, P. (1985) *Droit administratif*, 2e éd., Montréal, Yvon Blais, 1032 pages.
Garant, P. (1985a) «L'effectivité des jugements en droit administratif canadien et québécois» 26 *C. de D.* 951-969.
Garant, P. et G. Leclerc (1979) «La qualité d'agent de la Couronne ou de mandataire du gouvernement» 20 *C. de D.* 485-524.
Gaudemet, P.M. (1984) «La saisie des biens des établissements publics : nouveaux développements de la question» *G.P.* 565-569.
Gaudemet, Y. (1977) «Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif» dans *Mélanges Burdeau*, 805-824.

Gellhorn, W. et L. Lauer (1955) «Congressional Settlement of Tort Claims against the United States» 55 *Colum. L. Rev.* 1-36.
Gellhorn, W. et N. Schenck (1947) «Tort Actions against the Federal Government» 47 *Colum. L. Rev.* 722-741.
Goodnow, F.J. (1905) *The Principles of the Administrative Law of the U.S.*, New York, Putnam, 680 pages.
Grey, J.H. (1978) «Duquet v. Ville de Ste-Agathe» 24 *Rev. Dr. McGill* 477.
Griffith, J. et H. Street (1973) *The Principles of Administrative Law*, 5e éd., Londres, Pitman, 331 pages.
Guthrie, W.D. (1908) «The Eleventh Amendment» 8 *Colum. L. Rev.* 183-207.
Halsbury's Laws of England (1983), 4e éd., Londres, Butterworths.
Hamilton, A. (1917) «The Federalist» 81 *Cent. L.J.* 126.
Harlow, C. (1976) «Administrative Reaction to Judicial Review» *P.L.* 116-133.
Harnon, E. (1962) «Civil and Criminal Contempts of Court» 25 *Modern L. Rev.* 179-189.
Hirt, F. (1954) «Du droit de la force publique» *R.D.P.* 967-985.
Hogg, P.W. (1971) *Liability of the Crown*, Sydney, Law Book, 257 pages.
Hogg, P.W. (1977) *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 548 pages.
Holdsworth, W. (1966) *A History of English Law*, 5e éd., Londres, Sweet et Maxwell, Vol. 3, 695 pages.
Holtzoff, A. (1942) «The Handling of Tort Claims against the Federal Government» 9 *Law and Contemporary Problems* 311-326.
Hood Phillips, O. et P. Jackson (1978) *Constitutional and Administrative Law*, 6e éd., Londres, Sweet et Maxwell, 746 pages.
Huberlant, C. et F. Delpérée (1971) «Les personnes de droit public bénéficiaires de l'immunité d'exécution en droit interne comparé» dans *L'immunité de juridiction et d'exécution des États*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles, 211-256.
Humphrey, J.P. (1945-46) «The Theory of the Separation of Functions» 6 *U. of T.L.J.* 331-360.
Hutchins, P. et P. Kenniff (1971) «La dualité domaniale en matière municipale» 12 *C. de D.* 477-501.
Israël, J.-J. (1981) *La régularisation en droit administratif français — Étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, Paris, L.G.D.J., 268 pages.
Jacob, I.H. (1970) «The Inherent Jurisdiction of the Court» 23 *C.L.P.* 23-52.
Jacquignon, L. (1958) «L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics» *A.J.D.A.* 71-90.
Jaffe, L.L. (1963) «Suits against Governments and Officers: Sovereign Immunity» 77 *Harv. L. Rev.* 1-39.
James, F. (1955) «Tort Liability of Governmental Units and Their Officers» 22 *U. Chi. L. Rev.* 610-655.
Josse, P.-L. (1953) «L'exécution forcée des décisions du juge administratif par la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire du service public» *E.D.C.E.* 50-51.
Kayser, M.P. (1953) «L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile» *Rev. trim. dr. civ.* 209-246.
Kelsen, H. (1962) *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 495 pages.
Kerr, W.W. (1981) *On the Law and Practice of Injunctions*, 6e éd., Londres, Sweet et Maxwell, 743 pages.
Klee, L. (1983) *Governmental Immunity in the United States* [Document interne préparé pour la CRDC], 90 pages.
Kos-Rabcewicz-Zubkowski, L. (1974) «Immunité de juridiction de l'État ou du Gouvernement étranger» 34 *R. du B.* 53-60.
Laferrière, J. (1963) *La responsabilité quasi délictuelle de l'État aux U.S.A.*, Paris, Montchrestien, 69 pages.
Laskin, B. (1969) *The British Tradition in Canadian Law*, Londres, Stevens, 138 pages.
Laurent, P. (1941) *L'indépendance de l'Administration et les décisions du Conseil d'État*, Aix-en-Provence, Imprimerie universitaire, 228 pages.

Le Berre, J.-M. (1979) «Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration» *A.J.D.A.* 14-18.
Le Brun, J. et D. Déom (1983) «L'exécution des créances contre les pouvoirs publics» *J.T.* 261-272.
Le Tourneau, P. (1982) *La responsabilité civile*, 3e éd., Paris, Dalloz, 825 pages.
Lefas, A. (1958) «Exécution tardive ou inexécution des décisions de justice par l'administration» *E.D.C.E.* 84-88.
Lemieux, D. (1983) *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Montréal, C.E.J.
Lesage, M. (1960) *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, Paris, L.G.D.J., 337 pages.
Linden, A.M. (1973) «Tort Law as Ombudsman» 51 *R. du B. Can.* 155-168.
Linotte, D. (1981) «Exécution des décisions de justice administrative et astreintes en matière administrative» *J.C.P.* 1.3011.
Llorens, F. (1981) «Astreintes administratives et exécution des jugements par les personnes morales de droit public. Commentaire de la loi nº 80-539 du 16 juillet 1980» *Annales Fac. de Droit de Toulouse* 147-231.
Lloyd, D. (1981) *The Idea of Law*, Londres, Penguin, 365 pages.
Lloyd, W.J. (1949) «Le Roi est mort; Vive le Roi» 24 *New York U. L. Rev.* 38-54.
Luce, R. (1932) «Petty Business in Congress» 26 *American Pol. Sc. Rev.* 815-827.
Lyman, S. (1978) «Estoppel and the Crown» 9 *Man. L.J.* 16-28.
Martin, P. (1931) «The Declaratory Judgment» 9 *R. du B. Can.* 540-552.
Massé, G. (1984) «L'exécution des obligations via l'astreinte française et l'injonction québécoise» 44 *R. du B.* 659-690.
Massot, J. (1979-80) «Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif» *E.D.C.E.* 111-125.
Mazeaud, H., L. Mazeaud et A. Tunc (1965) *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6e éd., Paris, Montchrestien, Tome premier, 1080 pages.
McBride, J. (1979) «Damages as a Remedy for Unlawful Administrative Action» 38 *Cam. L.J.* 323-345.
McNairn, C.H. (1977) *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada*, Toronto, U. of Toronto Press, 205 pages.
Même, C. (1968) «L'intervention du juge administratif dans l'exécution de ses décisions» *E.D.C.E.* 41-49.
Mignault, P.-B. (1901) *Le Droit civil canadien*, Montréal, Librairie de Droit et de Jurisprudence, Tome 5.
Montané de la Roque, P. (1950) *L'inertie des pouvoirs publics*, Paris, Dalloz, 546 pages.
Moreau-Margreve, I. (1982) «L'astreinte» *Annales Drt Liège* 11-103.
Mullan, D. (1975-76) «The Declaratory Judgment: Its Place as an Administrative Law Remedy in Nova Scotia» 2 *Dalhousie L.J.* 91-120.
Mundell, D.W. (1953) «The Crown and Res Judicata» dans *Mélanges Moxon*, Toronto, 208-238.
Nadeau, A. (1963) «L'autorité de la chose jugée» 9 *Rev. Dr. McGill* 102-123.
Nadeau, A. et L. Ducharme (1965) *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, Tome 9, 643 pages.
Nadeau, C. (1986) «L'estoppel dans le contexte du droit civil québécois» *R. du B.* 599-626.
Nelson, K.L. et S. Avnaim (1974) «Claims against a California Governmental Entity or Employee» 6 *Southwestern U. L. Rev.* 550-591.
O'Higgins, P. (1972) «*The Northern Ireland Act 1972*» 35 *Modern L. Rev.* 295-298.
Ouellette, Y. (1975) «La responsabilité civile personnelle du fonctionnaire» *A.P.C.* 1-16.
Pacteau, B. (1983) «Chronique» *R.A.* 41-43.
Pacteau, B. (1985) *Contentieux administratif*, Paris, P.U.F. (Coll. Droit fondamental), 382 pages.
Paques, M. (1983) «L'immunité d'exécution des personnes de droit public» *J.T.* 434-435.
Patrick III, W.H. (1977) «Enforcement of Judgments against Governmental Entities: The New Sovereign Immunity» 37 *Louisiana L. Rev.* 982-990.
Pauti, J.-M. (1985) «L'astreinte administrative, Concl. sous C.E. 17 mai 1985, ‹Mme Menneret›» *R.F.D.A.* 842-850.

Pépin, G. et Y. Ouellette (1982) *Principes de contentieux administratif*, 2e éd., Montréal, Yvon Blais, 666 pages.
Perrot, D. (1983) «Validation législative et actes administratifs unilatéraux — Observations à la lumière de la jurisprudence récente» *R.D.P.* 983-1012.
Pigeon, L.-P. (1985) «L'effectivité des décisions de justice en droit public interne» 26 *C. de D.* 995-1003.
Pollock, F. et F.W. Maitland (1968) *The History of English Law*, 2e éd., Cambridge, Cambridge U. Press, Vol. 1.
Popovici, A. (1977) *L'outrage au tribunal*, Montréal, Thémis, 188 pages
Pound, R. (1944) «A Survey of Public Interests» 58 *Harv. L. Rev.* 909-922.
Rassat, M.-L. (1967) «L'astreinte définitive» *J.C.P.* 1.2069.
Raynaud, P. (1964) «La distinction de l'astreinte et des dommages-intérêts» dans *Mélanges Secrétan*, Lausanne, 249-263.
Reid, R.F. et H. David (1978) *Administrative Law and Practice*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 504 pages.
Renfree, H.E. (1984) *The Executive Power of the Commonwealth of Australia*, Sydney, Legal Books Ply, 599 pages.
Richardson, W.A. (1882) «History, Jurisdiction and Practice of the Court of Claims of the United States» 7 *Southern L. Rev.* 781-811.
Richer, L. (1983) «L'amende pour recours abusif devant le Conseil d'État et les tribunaux administratifs» *A.J.D.A.* 451-456.
Ripple, R.M. (1971) «Sovereign Immunity v. Execution of Judgment: A Need to Reappraise our National Policy» 13 *Boston College Ind. and Commer. L. Rev.* 369-382.
Rivero, J. (1951) «Le juge administratif français : un juge qui gouverne?» *D.* 21-24.
Robertson, G.S. (1908) *The Law and Practice of Civil Proceedings by and Against the Crown and Departments of the Government, with Numerous Forms and Precedents*, Londres, Stevens, 933 pages.
Salmond, J.W. (1965) *The Law of Torts*, 14e éd., Londres, Sweet et Maxwell, 813 pages.
Sarna, L. (1973) «The Scope and Application of the Declaratory Judgment in Motion» 33 *R. du B. Can.* 493-512.
Sarna, L. (1978) *The Law of Declaratory Judgments*, Toronto, Carswell, 213 pages.
Savatier, J. (1951) «L'exécution des condamnations au payement d'une astreinte» *D.* 37-40.
Schwartz, B. (1976) *Administrative Law*, Boston, Little and Brown, 730 pages.
Scott, D.G. (1978) «Torts — Abrogation of Sovereign Immunity — Scope of Retained Immunity» 43 *Missouri L. Rev.* 387-405.
Shumate, R.V. (1942) «Tort Claims against State Governments» 9 *Law and Contemporary Problems* 242-261.
Simmonds, K.R. (1965) «The Limits of Sovereign Jurisdictional Immunity: The Petrol Corporation and Victory Transport Cases» 11 *Rev. Dr. McGill* 291-309.
Steadman, J.M., D. Schwartz et S.B. Jacoby (1983) *Litigation with the Federal Government*, 2e éd., Philadelphie, A.L.I. and American Bar Association, 502 pages.
Stewart, M.G. (1979) «The Enforcement of Judgments Against the United States» 12 *Creighton L.R.* 815-845.
Stoutamire, S.S. (1980) «Torts — The Doctrine of Sovereign Immunity Is Alive and Well» 8 *Florida State U. L. Rev.* 377-382.
Strayer, B.L. (1964) «Injunctions against Crown Officers» 42 *R. du B. Can.* 1-45.
Strayer, B.L. (1983) *The Canadian Constitution and the Courts*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 310 pages.
Street, H. (1949) «The Provision of Funds in Satisfaction of Governmental Liabilities» 8 *U. of T.L.J.* 32-47.
Street, H. (1949a) «Tort Liability of the State: The Federal Tort Claims Act and the Crown Proceedings Act» 47 *M.L.J.* 341-368.
Street, H. (1953) *Governmental Liability. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge U. Press, 221 pages.
Street, H. (1968) *The Law of Torts*, 4e éd., Londres, Butterworths, 534 pages.

Sucharitkul, S. (1976) «Immunities of Foreign States before National Authorities» 149 *R.C.A.D.I.* 87.
Tari, G. (1933) *Des moyens d'assurer l'exécution des jugements rendus contre l'Administration*, Paris, Montchrestien, 127 pages.
Tercinet, J. (1981) «Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration?» *A.J.D.A.* 3-13.
The Canadian Encyclopedic Digest (Ontario) (1985), 3e éd., Toronto, Carswell, Vol. 8, Titre 40.
Tokar, J.J. (1985) «Administrative Law: Injuctive Relief against the Crown» 15 *Man. L.J.* 97-103.
Tribe, L.H. (1978) *American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 1202 pages.
Turner, R.V. (1968) *The King and His Courts*, Ithaca, Cornell U. Press, 310 pages.
Turp, D. (1982-83) «Commentaire relatif à la *loi sur l'immunité des États étrangers devant les tribunaux*» 17 *Thémis* 175-186.
Vallières, N. et D. Lemieux (1975-76) «Le fondement constitutionnel du pouvoir de contrôle judiciaire exercé par la Cour fédérale du Canada» 2 *Dalhousie L.J.* 268-306.
Vauthier, M. (1958) «L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics» *R.D.I.D.C.* 394-400.
Vedel, G. et P. Delvolvé (1982) *Droit administratif*, 8e éd., Paris, P.U.F., 1174 pages.
Vincent, J. et S. Guinchard (1981) *Procédure civile*, 20e éd., Paris, Dalloz, 1280 pages.
Vincke, C. (1969) «Certains aspects de l'évolution récente du problème de l'immunité de juridiction des États» 7 *A.C.D.I.* 224-254.
von Mehren, R.B. (1978) «The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976» 17 *Col. J. of Transnational Law* 33-66.
Wade, E.C.S. et G.G. Phillips (1980) *Constitutional and Administrative Law*, 9e éd. par A.W. Bradley, Londres, Longman, 688 pages.
Wade, H.W.R. (1982) *Administrative Law*, 5e éd., Oxford, Clarendon Press, 892 pages.
Wainwright, R. (1981-82) «L'action déclaratoire en droit administratif anglais» *E.D.C.E.* 23-31.
Warner, D.R. (1967) «Traps for the Unwary — The Problems in Seeking Injunctive or Monetary Relief from an Uncompensated Taking by the Federal Government» 46 *Nebraska L.R.* 816-843.
Warren, D.T. (1966) «The Declaratory Judgment: Reviewing Administrative Action» 44 *R. du B. Can.* 610-644.
Wasserman, G. (1956) «The Doctrine of fins de non-recevoir in Quebec Law (with a comparative analysis of the english doctrine of Estoppel)» 34 *R. du B. Can.* 641-668.
Watkins, C. (1967) «The Enforcement of Conformity to Law through Contempt Proceedings» 5 *Osgoode Hall L.J.* 125-158.
Watkins, R.D. (1927) *The State as a Party Litigant*, Baltimore, Hopkins Press, 212 pages.
Watrin, G. (1958) «L'autorité de la chose jugée en droit administratif français» *Annales de la Faculté de Droit d'Istambul* 29-66.
Weil, P. (1950) «Note sous C.E. 28 décembre 1949, S.A. des Automobiles Berliet» *D.* 383.
Weil, P. (1952) *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, Jouve, 275 pages.
Weil, P. (1965) «The Strength and Weakness of French Administrative Law» *Cam. L.J.* 242-259.
Whitmore, H. et M. Aronson (1978) *Review of Administrative Action*, Sydney, Law Book, 519 pages.
Zale, H.T. (1973) «Judicial Abrogation of Governmental and Sovereign Immunity: A National Trend with a Pennsylvania Perspective» 78 *Dick. L. Rev.* 365-401.
Zamir, I. (1962) *The Declaratory Judgment*, Londres, Stevens, 337 pages.
Ziegel, J. (1959) «Some Aspects of the Law of Contempt of Court in Canada, England and the United States» 6 *Rev. Dr. McGill* 229-266.

Table de jurisprudence

Air Canada c. *Le Procureur général de la Colombie-Britannique*, 1986, Cour suprême, nº 18089.
Alain Lavoie Ltée c. *Léo Lisi Ltée*, [1981] C.A. 292.
Amax Potash Ltd. v. *Gouvernement de Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576.
Anns v. *Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728.
Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée c. *Le procureur général du Québec*, [1970] C.S. 232.
Association espaces verts du Mont-Rigaud c. *L'honorable Victor Goldbloom*, [1976] C.S. 293.
Association of Food Merchants of Montreal v. *L'association des détaillants en alimentation du Québec*, [1969] B.R. 374.
Attorney-General for Trinidad and Tobago v. *Bourne*, [1895] A.C. 83.
Attorney-General to the Prince of Wales v. *Collom*, [1916] 2 K.B. 193.
B.C. Power Ltd. v. *Attorney General of British Columbia*, [1962] R.C.S. 642.
Bank of United States v. *Planter's Bank of Georgia*, 22 U.S. 907 (1824).
Barre v. *Fortin*, [1967] R.P. 137.
Baton Broadcasting Ltd. v. *C.B.C.*, (1966) 56 D.L.R. (2d) 215.
Bay c. *La Reine*, [1974] 1 C.F. 523.
Beauchemin v. *Fournier*, (1901) 20 R.J.Q. 272.
Beauharnois Light, Heat and Power Co. v. *The Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, [1937] O.R. 796.
Blais c. *L'Association des architectes de la province de Québec*, [1964] C.S. 387.
Blanchet v. *Blanchet*, (1935) 73 R.J.Q. 542.
Boileau v. *Boileau Ltée*, (1940) 44 R.P. 186.
Bonus Finance Ltd. v. *Smith*, (1971) 21 D.L.R. (3d) 544.
Bouchard v. *Les commissaires d'écoles pour la municipalité de Saint-Mathieu-de-Dixville*, [1950] R.C.S. 479.
Briggs v. *Life Boats*, (1865) 11 Allen. 157 (Mass.).
Burmah Oil Company v. *Lord Advocate*, [1965] A.C. 75.
C.B.C. v. *Attorney General for Ontario*, [1959] R.C.S. 188.
C.I.A.C. c. *La Reine*, 1984, Cour fédérale, nº T-1093-83; confirmé par [1984] 2 C.F. 866 (C.A.).
C.N.R. v. *Croteau*, [1925] R.C.S. 384.
C.T.C.U.M. v. *Syndicat du Transport de Montréal*, [1977] C.A. 476.
Commission d'assurance-chômage c. *Cour provinciale*, [1976] C.A. 744.
Commonwealth Plywood Cie Ltée c. *Conseil Central des Laurentides*, [1978] C.S. 593.
Congreve v. *Home Office*, [1976] Q.B. 629.
Conseil des Ports Nationaux v. *Langelier*, [1969] R.C.S. 60.
Corriveau v. *Republic of Cuba*, (1979) 103 D.L.R. (3d) 520.
Crevier v. *De Grandpré et Lamothe*, (1882) 5 L.N. 48.
Dame St-Amand v. *Decelles*, (1912) 14 R.P. 291.
Dominion Building Corporation v. *The King*, [1933] A.C. 533.
Dorset Yacht Co. Ltd. v. *Home Office*, [1970] A.C. 1004.
Duquet c. *Ville de Ste-Agathe*, [1977] 2 R.C.S. 1132.
Dutton v. *Bognor Regis Urban District Council*, [1972] 1 Q.B. 373.
East Suffolk Rivers Catchment Board v. *Kent*, [1941] A.C. 74.
Emms c. *La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 1148.
Evans v. *Hudon and Browne*, (1877-78) 22 L.C.J. 268.
Ferranti-Packard Ltd. v. *Cushman Rentals Ltd.*, (1980) 30 O.R. (2d) 194.

Fitts v. *Pilon*, (1868) 12 L.C.J. 289.
Fonseca v. *Attorney General of Canada*, (1890) 17 R.C.S. 612.
Fortier v. *Cholette*, (1936) 60 B.R. 499.
Fortier v. *Langelier*, (1896) 5 B.R. 107.
Franklin v. *The Queen (No. 2)*, [1974] 1 Q.B. 205.
Franklin v. *The Queen (Note)*, [1974] 1 Q.B. 202.
Franklin's Case, (1593) 5 Co. Rep. 46a.
General Bearing Service Ltd. c. *La Reine*, [1980] 1 C.F. 444.
Gingras v. *Vézina*, (1879) 5 Q.L.R. 237.
Grand Council of the Crees (Quebec) c. *La Reine*, [1982] 1 C.F. 599.
H.F.C. of Canada v. *Dubois*, [1973] R.P. 193.
Hamel v. *Théorêt*, [1970] R.P. 59.
Hanschild c. *Corporation de la ville de Delson*, [1972] C.S. 189.
Harcourt c. *Ministre des Transports*, [1973] 2 C.F. 1181.
Kawananakoa v. *Polyblank*, 205 U.S. 349 (1907).
Kienapple c. *La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.
La République démocratique du Congo c. *Venne*, [1971] R.C.S. 997; [1969] B.R. 818.
Laurent c. *La Reine*, [1976] 2 C.F. 46.
Le ministre des Finances du Canada c. *Finlay*, 1986, Cour suprême, nº 17775.
Le procureur général de la province de Québec c. *Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057.
Le Syndicat canadien de la Fonction publique c. *La Société Radio-Canada*, [1976] 2 C.F. 145.
Lelièvre v. *Baillargeon*, (1853) 3 L.C.R. 420.
Lepage v. *Association québécoise des pharmaciens propriétaires*, (1973) R.P. 73.
Lépine v. *Gauthier*, (1877) 5 Q.L.R. 217.
Lipman v. *Brisbane Elementary School District*, (1961) 359 P. 2d 465.
Lovejoy v. *Campbell*, [1884] 1 C.S. 77.
M.D.J. Ltée c. *Ministre de l'Agriculture et de la Colonisation du Québec*, [1975] C.S. 1039.
MacQuarrie v. *Attorney-General of Nova Scotia*, (1972) 32 D.L.R. (3d) 603.
Maine and N.B. Elec. Power Co. v. *Hart*, [1929] A.C. 631.
Martin v. *Martin*, (1981) 123 D.L.R. (3d) 718.
Moreau c. *Cité de Sherbrooke*, [1973] C.A. 311.
Morin v. *Driscoll College Inc.*, [1979] R.P. 198.
Morley v. *Ministre du Revenu national*, [1949-50] D.T.C. 29.
Muskopf v. *Corning Hospital District*, (1961) 359 P. 2d 457.
National Indian Brotherhood c. *Juneau*, [1971] C.F. 498.
Nicholson c. *Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.
Operation Dismantle c. *La Reine*, [1983] 1 C.F. 745 (C.A.); confirmé par [1985] 1 R.C.S. 441.
Padfield v. *Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997.
Peetroons c. *Ministre de l'Agriculture du Québec*, [1976] C.S. 93.
Perreault v. *McCarthy*, (1816) 3 R. de L. 306.
Procureur général du Québec c. *Société du parc industriel du centre du Québec*, [1979] C.A. 357.
Pyx Granite v. *Minister of Housing*, [1960] A.C. 260.
Queen Victoria Niagara Falls Park Commissioners v. *International Railway Co.*, [1928] 4 D.L.R. 755.
R. c. *C.A.E. Industries Ltd.*, [1983] 2 C.F. 616; confirmé par [1986] 1 C.F. 129 (C.A.).
R. c. *Eldorado Nucléaire Ltée et Uranium Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551.
R. c. *Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128.
R. v. *C.P.R.*, [1930] R.C.E. 26.
R. v. *Capital Brewing Co. Ltd.*, [1932] R.C.E. 171.
R. v. *Central Railway Signal*, [1933] R.C.S. 555.
R. v. *Dominion Building Corp. Ltd.*, [1928] R.C.S. 65.
R. v. *Gooderham and Worts Ltd.*, [1928] 3 D.L.R. 109.
R. v. *St-Louis*, [1897] 5 R.C.E. 330.

Re Hamill and C.N.R., (1960) 27 D.L.R. (2d) 61.
Re Kraw and Kraw, (1982) 135 D.L.R. (3d) 190.
Re Nicholson and Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, (1981) 117 D.L.R. (3d) 604. Demande d'appel à la Cour suprême rejetée: (1981) 117 D.L.R. (3d) 750.
Re Shields and City of Winnipeg, (1964) 47 D.L.R. (2d) 346.
Robinson v. *Quinn et Casgrain*, (1896) 9 R.J.Q. 240.
Roncarelli v. *Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.
Rossi c. *La Reine*, [1974] 1 C.F. 531.
Royal Bank of Canada v. *Scott*, (1971) 20 D.L.R. (3d) 728.
Saskatchewan Government Insurance Office v. *Saskatoon*, [1948] 2 D.L.R. 30; [1947] 2 W.W.R. 1028.
Shaw v. *Bourget*, (1878) 4 Q.L.R. 181.
Smith c. *La Reine*, [1972] 1 C.F. 561.
Société Asbestos Ltée c. *Société nationale de l'amiante*, [1979] C.A. 342.
Société de développement de la Baie James c. *Kanatewat*, [1975] C.A. 166.
Société Radio-Canada c. *Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618.
Société Radio-Canada c. *La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 339.
Sparling c. *Caisse de dépôt et placement du Québec*, [1985] C.A. 164.
The Minister of Finance of British Columbia v. *The King*, [1935] R.C.S. 278.
The Sadlers' Company's Case, (1588) 4 Rep. 54b.
The Western Maid, 257 U.S. 419 (1922).
Tsiafakis c. *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 2 C.F. 407.
U.S. v. *Lee*, 106 U.S. 196 (1882).
Vermette v. *Daigneault*, [1972] R.P. 369.
Vic Restaurant v. *Cité de Montréal*, [1959] R.C.S. 58.
Ville de Kamloops c. *Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2.
Weatherby c. *Ministre des Travaux publics*, [1972] 2 C.F. 952.
West Island Plomberie et Chauffage Ltée c. *Volcano Inc.*, [1983] C.S. 769.
Westeel-Rosco Ltd. c. *Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre*, [1977] 2 R.C.S. 238.
Western Minerals Ltd. v. *Gaumont and the Attorney General of Alberta*, [1953] 1 R.C.S. 345.
Woodward c. *Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120.
Young v. *S.S. «Scotia»*, [1903] A.C. 501.
Zodiak International Products Inc. c. *Polish People's Republic*, [1977] C.A. 366.

Table des lois

Canada

Act of Settlement, 1701.
An Act to Render Liable to Seizure a Portion of the Salaries of Public Officers and Employees, (1875) Vict. 38, chap. 12.
Charte canadienne des droits et libertés, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*.
Colonial Stock Act de 1877 (R.-U.).
Loi constitutionnelle de 1867.
Loi constitutionnelle de 1982.
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48.
Loi de stabilisation concernant le grain de l'Ouest, S.C. 1974-75-76, chap. 87.
Loi modifiant la Loi sur l'administration financière à l'égard des sociétés d'État, S.C. 1984, chap. 31.
Loi sur l'administration financière, S.R.C. 1970, chap. F-10.
Loi sur l'assistance à l'agriculture des Prairies, S.R.C. 1970, chap. P-16.
Loi sur l'immunité des États, S.C. 1980-81-82, chap. 95.
Loi sur l'indemnisation des marins marchands, S.R.C. 1970, chap. M-11.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, chap. 10 (2e Supp.).
Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4.
Loi sur la pension de la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-36.
Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970, chap. R-11.
Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, S.R.C. 1970, chap. C-9.
Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11.
Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, chap. C-38.
Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, S.C. 1980-81-82-83, chap. 100.
Loi sur la Société Pétro-Canada, S.C. 1974-75-76, chap. 61.
Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13.
Loi sur le Conseil des ports nationaux, S.R.C. 1970, chap. N-8.
Loi sur le ministère des Transports, S.R.C. 1970, chap. T-15.
Loi sur les allocations aux anciens combattants, S.R.C. 1970, chap. W-5.
Loi sur les Chemins de fer nationaux du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-10.
Loi sur les forces étrangères présentes au Canada, S.R.C. 1970, chap. V-6.
Loi sur les indemnités de service de guerre, S.R.C. 1970, chap. W-4.
Loi sur les pensions, S.R.C. 1970, chap. P-7.
Régime de pensions du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-5.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, chap. 663.

Provinces

An Act to Amend the Succession Duty Act, S.B.C. 1970, chap. 45.
Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, chap. C-25.
Crown Proceedings Act, R.S.P.E.I. 1974, chap. C-31.
Loi sur les procédures contre la Couronne, L.R.N.B. 1973, chap. P-18.
Proceedings Against the Crown Act, C.S.N.S. 1979, chap. P-29.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.A. 1980, chap. P-18.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1980, chap. 393.
Succession Duty Act, R.S.B.C. 1960, chap. 372.
The Proceedings Against the Crown Act, R.S.M. 1970, chap. P140.
The Proceedings Against the Crown Act, R.S.S. 1978, chap. P-27.